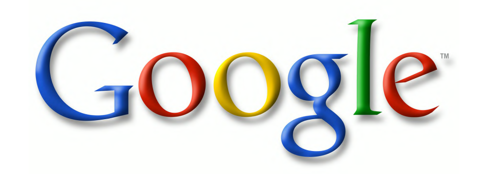
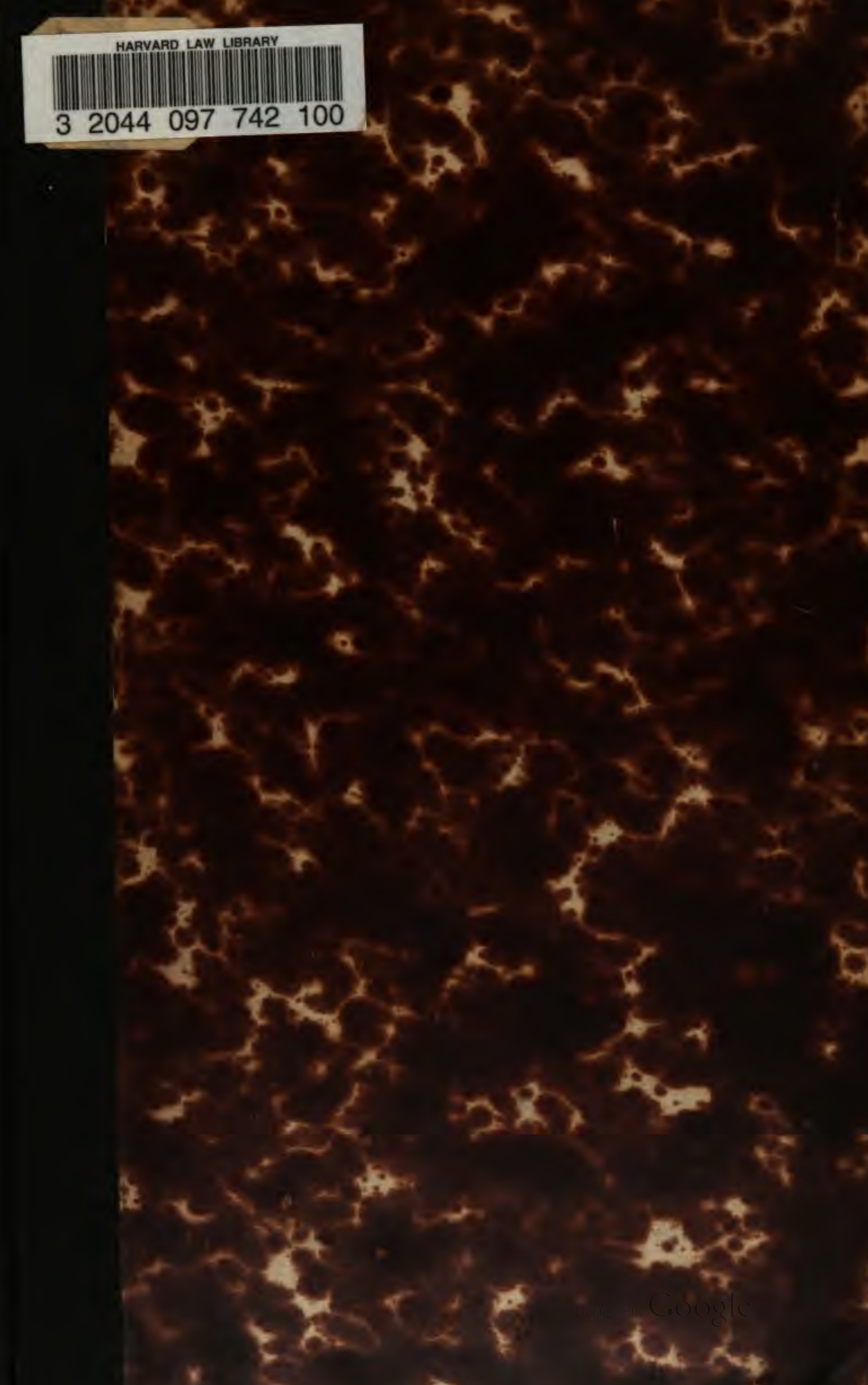



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 742 100



Germany

Beiträge

zur Geschichte

des

Römischen Civilprozesses

von

Dr. Otto Karlowa,

Privatdocent an der Universität Bonn.

Bonn,

Verlag von Max Cohen & Sohn.

1865.

Rec. Dec. 12, 1858.

Meinem lieben Vater

Hermann Capaun-Karlowa,

Fürstl. Schaumburg-Lippischen Regierungsrathe a. D., Mitgliede des Herzogl. Braunschweigischen Obergerichts.

Inhalt.

Beiträge zur Geschichte

des

Römischen Civilprozesses.

Die manus consertae und die deductio quae moribus fit.

Vor Savigny's Abhandlung „über die lis vindiciarum und das Verhältniss derselben zu den Interdicten“ [1]) hatte man über den von Cicero in den Reden pro Caecina und pro Tullio erwähnten Ritus der deductio quae moribus fit sehr unrichtige Vorstellungen, welche mit den falschen Ansichten über das interdictum de vi in engem Zusammenhange standen. Die durch Savigny's Erörterung gewonnenen negativen Resultate, dass das interdictum de vi quotidiana sich nicht auf symbolische, sondern auf ernstliche Gewaltthätigkeit bezogen habe und nicht eine blosse Einleitung der rei vindicatio gewesen sei, endlich dass die deductio quae moribus fit nicht zur Form des interdictum de vi gehört habe, diese Sätze fanden allgemeine Billigung. Savigny selbst brachte die deductio mit dem alten Vindicationsritual, den manus consertae, in Verbindung. Auch diese Erklärung der deductio wurde fast allgemein angenommen, bis Keller in seinem Aufsatze „über die deductio quae moribus fit und das interdictum uti possidetis“ [2]) gegen diesen Punkt der Savigny'schen Ausführung Widerspruch erhob und seinerseits einen Zusammenhang der deductio mit dem in rem agere per sponsionem darzuthun versuchte. Seitdem sind die Ansichten getheilt geblieben, indem immer noch Einzelne an der Savigny'schen Ansicht festhalten, wenigstens sofern dieselbe einen Zusammenhang der deductio mit den manus consertae annimmt. [3]) Zweck der folgenden Untersuchung ist, zunächst

---

1) Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. III. S. 421 ff. Vermischte Schriften I. S. 292 ff.
2) Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XI. S. 287 ff.
3) Darüber später das Nähere.

die regelmässigen Bestandtheile und den Zusammenhang des alten Vindicationsrituals selbst zu erläutern, und dann die Frage zu beantworten, zu welchem Verfahren die deductio quae moribus fit gehörte.

In jenem Ritual [4]) macht zunächst der Ausdruck ex iure manum consertum voco Schwierigkeit. Folgen wir Keller [5]), so brauchte in späterer Zeit das vindicare nicht mehr auf dem streitigen Grundstück vollzogen zu werden. Die Parteien begaben sich ohne den Prätor mit Zeugen zum Grundstück, brachten eine Scholle zurück, und vollzogen daran in iure die Vindication. Nun scheint aber aus jenem Ausdruck hervorzugehen, dass der Kläger den Gegner desshalb ex iure abrief, um mit ihm an dem Grundstück das manum conserere vorzunehmen; und diese Annahme findet eine nicht unwichtige Stütze in Gellius' Worten 20, 10: — institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed ex iure — vocarent, i. e. alter alterum ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret. Nach Ihering [6]) kann das ex iure manu consertum vocare nur den Sinn haben: zu einem Acte auffordern, welcher nicht in iure vorgenommen werden solle. Dieser Act aber werde nicht als Holen der Scholle, — diese müsse bereits da sein, — sondern als manum conserere bezeichnet; das letztere geschehe also extra ius. Nach der Keller'schen Auffassung, meint Ihering, würden die Parteien in Widerspruch mit der genannten Formel das manum conserere in iure vornehmen und (vermöge der Scholle) ein Grundstück vor Gericht bringen, extra ius hingegen das nicht thun, wozu sie sich durch die obige Formel

---

4) Ich lege das von Keller, röm. Civilpr. 2. Aufl. S. 56 ff. reconstruirte Formular zu Grunde. Vergl. auch Rudorff, Rechtsgesch. II. S. 132. Puchta, Inst. II. § 161 S. 90. Wetzell, röm. Vindicationsproz. S. 48 Anm. 4.

5) Röm. Civilpr. S. 55.

6) Geist des röm. Rechts II. 2. S. 600 Anm. 783. Vergl. auch Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. III. § 41 S. 113. Schweppe, röm. Rechtsgesch. § 567 S. 818. Walter, Gesch. des röm. Rechts 3. Aufl. § 712. Wetzell, der röm. Vindicationsprozess S. 48. Bethmann-Hollweg, Civilpr. Erster Bd. S. 133 Anm. 16.



aufforderten. Mit der Rückkehr vor Gericht sei das manum conserere beendet.

Die Art, wie Keller[7]) diesen Widersprüchen zu entgehen sucht, ist nicht geeignet, die Einwürfe Iherings zu schwächen. Nach ihm soll die Sache so zusammenhängen. Das ex iure manu consertum vocare stamme aus der ältesten Zeit, als noch der Prätor mit den Parteien sich auf das streitige Grundstück begeben, und dort den symbolischen Kampf habe vor sich gehen lassen. Jene Formel habe sich aber auch auf die neueste Erscheinung der legis actio fortgepflanzt, nur sei dann das inite viam und redite viam an die Stelle des Zugs von Prätor und Parteien auf das Grundstück getreten. Allein wenn es auch wahr sein mag, dass in ältester Zeit die Parteien sich zuerst an der gewöhnlichen Gerichtsstätte zum Zuge nach dem Grundstück aufforderten und dann erst mit dem Prätor hingingen, so hätte doch jene Aufforderung unmöglich als ex iure m. c. vocare bezeichnet werden können; denn der Prätor ging ja damals mit auf das Grundstück, und die Vindication wurde trotz der Abwesenheit von der gewöhnlichen Gerichtsstätte vor ihm, also in iure, vollzogen[8]). Desshalb heisst es auch noch in den 12 Tafeln: Si qui in iure manum conserunt[9]). Zudem sagt Gellius in den oben angeführten Worten ganz ausdrücklich, dass das ex iure manu consertum vocare nicht der ursprünglichen, sondern der späteren, tacito consensu geltend gewordenen Gestalt der legis actio angehöre.

Dennoch aber darf man nicht mit Ihering annehmen, das ex iure vocare habe desshalb stattgefunden, um auf dem Grundstück selbst das manum conserere vorzunehmen. Was die Parteien nach dieser Aufforderung und dem Befehle des Prätors thun, beschreibt Gellius in den an die mitgetheilte Stelle sich unmittelbar anschliessenden Worten: — atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam

7) Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XI. S. 292 Anm. 7.

8) L. 11. D. de i. et i. (1, 1): Ubicunque Praetor salva maiestate imperii sui, salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur. L. 4. § 1. D. de int. in iure (11, 1). Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 74, 75.

9) Gell. 20, 10.

gleb am, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent.

Hier ist mit keinem Worte von dem manum conserere an dem Acker selbst, sondern nur vom Holen einer Scholle die Rede. Das vindicare in gleba, tanquam in toto agro geschah erst, nachdem die Parteien zum Prätor zurückgekehrt waren. Die Gegensätze in der Erzählung des Gellius sind nicht das manum conserere im Gericht und ausserhalb des Gerichts, sondern das manum conserere in toto agro und das in gleba, tanquam in toto agro. Genau stimmen die übrigen Nachrichten damit überein, nämlich:

Fest. v. vindiciae p. 376 M. Vindiciae dicebantur olim illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.

v. superstites. — superstitibus praesentibus ii, inter quos controversia est, vindicias sumere iubentur.

Gai. IV. § 17. Similiter si de fundo — controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur *rel.*

Dass die Parteien in ihrer Aufforderung nicht direct das Holen der Scholle erwähnen, erklärt sich wohl folgender Massen. Auch nach der ursprünglichen Form der Vindication, bei welcher das manum conserere unmittelbar am Grundstück stattfand, mochte diesem selbst eine Aufforderung, ein manu consertum vocare voraufgehen, wie sich überhaupt zu jedem neuen Schritte die Parteien erst gegenseitig auffordern. Sachlich wenigstens war das ein in iure manu consertum vocare, wenn man es auch dahingestellt sein lassen muss, ob die Worte in iure in dem Formular vorkamen. Als nun später der Prätor die Streitenden allein auf das Grundstück gehen liess, um eine Erdscholle zu holen, änderte man auch das Formular, aber so wenig als möglich; so fügte man dem manu consertum vocare die Worte ex iure hinzu, oder wenn früher in der Formel 'in iure' stand, so setzte man jetzt an die Stelle dieser Worte jene, so dass nun der falsche Schein entsteht, das manum conserere sei extra ius vorgenommen. Mittelbar geschah ja auch das ex iure vocare zum Zweck des manum conserere, sofern das vindicias sumere eine nothwendige Vorbereitung dazu war. Im Sprachgebrauch er-

hielt der Ausdruck ex iure manu consertum vocare allmählig eine weitere Beziehung, und wurde zur Bezeichnung des ganzen Vindicationsacts gebraucht. Das zeigt die Anwendung desselben bei Ennius, welcher damit einen friedlichen Rechtsstreit im Gegensatze der kriegerischen Gewalt, der solida vis, bezeichnet: — non ex iure manu consertum, sed magis ferro rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi; ebenso die Anwendung, welche Cicero ad fam. VII, 13 von den Ennianischen Worten macht: Nam, ut audio, istic non ex iure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt[10]).

Es ist nun zunächst unsere Aufgabe, zu zeigen, wie in dem von uns zu Grunde gelegten Vindicationsformular jeder folgende Schritt der Parteien sich an den früheren genau anschliesst und das Fundament zu weiteren Entwickelungstufen bildet. Dernburg hat an jenem Formular desshalb Anstoss genommen, weil der Kläger gleich zu Anfang bei dem ex iure manu consertum vocare die Vindicationsworte ausspreche und später nach der Rückkehr vom Grundstück die Rechtsbehauptung noch einmal wiederhole, der Beklagte dagegen der ersten Rechtsbehauptung des Klägers keine contravindicatio entgegenstelle. Durch diesen Einwurf hat sich Keller zu dem Bekenntniss bringen lassen[11]), dass sein Formular auf Genauigkeit keinen Anspruch machen dürfe, und darin leicht Einzelnes aus verschiedenen Zeiten vermischt sein könne. Dernburg[12]) selbst hat das Vindicationsritual in folgender Weise zu reconstruiren versucht:

---

10) **Huschke**, über Fest. v. possessiones u. possessio S. 100 Anm. 44 interpungirt die Stelle des Ennius so:

sed maledictis miscent inter sese inimicitias;
agitantes non ex iure manum consertum *rel.*

Nach der Interpunction der Ausgaben lasse sich die Stelle gar nicht construiren. Agitantes habe den Sinn von vocitantes; so zu lesen, sei aber weder nöthig, noch zulässig; in agitantes liege zugleich der Begriff des agere. Dem widerspricht, wie bei **Puchta** Inst. § 161 Anm. 1 bemerkt ist, dass schon Cicero ex iure m. c. nicht zu agitantes, sondern zu rem repetunt zieht. Jene Worte werden von Ennius adverbialisch gebraucht und bilden den Gegensatz zu ferro. Vergl. noch Cic. de or. 1, 10, 41. Lact. Inst. 1, 1. Varro L. L. 6, 64. Prob. 4, 4.

11) Röm. Civilpr. S. 57 Anm. 213.

12) Heidelberg. krit. Ztschr. f. d. gesammte Rechtswiss. I. S. 467.

Agerius. Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, eum ego ex iure Quiritium meum esse aio.

Negidius leugnet das mit denselben Worten ab.

Agerius. Inde ibi te ex iure manum consertum voco.

Praetor. Suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico; inite viam, sumite vindicias.

Negidius. Unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.

Praetor. Redite viam.

Agerius. Quando te in iure conspicio, ecce tibi vindictam inposui.

Gleiches thut der Beklagte.

Praetor. Discedite u. s. f.

Dernburg lässt also auf die Rechtsbehauptung im Anfange (fundus —, eum ego ex iure Quiritium meum esse aio) sofort eine gleichlautende Antwort des Gegners folgen und erklärt ein nochmaliges Aussprechen dieser Rechtsbehauptungen nach der Rückkehr der Parteien zum Prätor für undenkbar. Erst nach der Antwort des Gegners spricht nach Dernburg's Meinung der Kläger die Worte: Inde ibi ego te e. i. m. c. v., auf welche der Gegner nicht sofort antwortet.

Diese Aenderungen sind m. E. unbegründet; denn die das Recht behauptenden Worte in der ersten Anrede des Klägers enthalten noch gar keine Vindication, bei welcher Rechtsbehauptung und symbolische Gewalt (dicere et facere) verbunden sein müssen; sie sind nöthig, um den Grund des ex iure manu consertum vocare auszudrücken. Auch steckt in der Antwort des Negidius: unde tu me ex iure manu consertum vocasti, inde ibi ego te revoco, wie sich später zeigen wird, wenn auch keine contravindicatio, so doch eine der klägerischen widersprechende Rechtsbehauptung. Wenn sich Dernburg für die Annahme einer anderen Antwort auf Gaius' Worte: adversarius eadem similiter dicebat et faciebat beruft, so ist dagegen zu erinnern, dass Gaius' Beschreibung nur bewegliche Sachen betrifft, bei welchen, da sie sofort mit vor den Prätor gebracht wurden, die wirkliche Vindication ohne weitere Vorbereitungen beginnen konnte. Die ausserdem von Dernburg citirten Ciceronischen Worte: immo meus gehören nicht zu den beschriebenen so-

lennen Reden und Gegenreden, sondern bilden einen Theil des Satzes, welcher nach Cicero's Meinung jene weitläufigen Reden füglich hätte ersetzen können (fundus Sabinus meus est. Immo meus). Nach Cicero's Beschreibung schliessen sich, wie schon Römer [13]) bemerkt hat, vielmehr die Worte: Inde ibi *rel.* unmittelbar an die Rechtsbehauptung des Klägers an (eum ego ex iure Quiritium meum esse aio. Quid tum? Inde ibi *rel.*). Dann folgt erst die Antwort des Beklagten (quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille, unde petebatur, non habebat. Transit ille iureconsultus, tibicinis Latini modo *rel.*) [14]). Erst hinter des Prätors Befehl: Suis utrisque superstitibus praesentibus *rel.* setzt Dernburg die Worte: Unde tu me ex iure manu consertum vocasti, inde ibi ego te revoco, womit der Beklagte den Kläger in's Gericht zurückgerufen habe. Daran schliesst sich nach ihm das redite viam des Prätors. Diese Erklärung Dernburg's ist nicht neu. Sie findet sich z. B. schon bei Zimmern [15]), der die gegenseitigen Aufforderungen der Parteien so überträgt: „Dorthin führ' ich dich zum Kampfe und von dort ruf' ich dich zurück in's Gericht." Nur dass allerdings Dernburg die Antwort des Beklagten erst folgen lässt, nachdem die Parteien zum Grundstück gegangen sind, während Zimmern sie vor des Prätors Befehl: Suis utrisque superstitibus *rel.* setzt. Die Uebertragung ist aber nicht richtig. Unde tu me vocasti, inde ego te revoco kann unmöglich heissen: „Von hier aus rufe ich dich dahin zurück, von wo aus du mich weggerufen hast." Nimmt man es als örtliche Bezeichnung, so kann man Unde — inde nur übertragen: Von welchem Orte — von demselben Orte. Keinesfalls dürfte man dann dem revocare die Bedeutung: zurückrufen bei-

13) Kritische Ueberschau II. S. 379.

14) Cicero spottet darüber, dass der Gegner zum Hersagen der von ihm auszusprechenden Formel des iureconsultus als Souffleurs bedürfe, deutet aber nicht an, wie Dernburg meint, dass er hier gar nicht geantwortet habe. Die Behauptung, Cicero werfe die Formeln absichtlich durcheinander, ist unbegründet. Auch Römer a. a. O. hat die Worte: Quid huic tam loquaciter litigioso *rel.* nicht richtig aufgefasst, wenn er meint, Cicero spotte darüber, dass der Beklagte keine entsprechende Antwort habe, sondern nur das ex iure manu consertum vocare wiederhole.

15) Geschichte des röm. Privatr. III. S. 114.

legen, weil es keinen Sinn gäbe, wenn man dem Beklagten die Worte in den Mund legte: Von wo aus du mich weggerufen hast, von demselben Orte rufe ich dich zurück. Revocare hat aber auch die Bedeutung von vicissim vocare, Jemanden wieder rufen, wieder einladen, nachdem er uns zuvor gerufen, eingeladen hat, in welchem Sinn es in unserer Formel, wie wir gleich sehen werden, genommen werden muss. Man könnte nun sagen, die Antwort des Beklagten auf das ex iure manu consertum vocare des Klägers bedeute: Von welchem Orte du mich weggerufen hast, von demselben Orte rufe auch ich dich weg; allein es würde dann das inde in der Antwort des Beklagten einen ganz anderen Sinn haben, als in der Aufforderung des Klägers. In dieser kann das Inde ibi ego te ex iure manu consertum voco nicht bedeuten: von dort, von demselben Orte rufe ich dich weg; denn im Vorhergehenden ist nur der fundus, auf welchen sich die Parteien begeben wollen, genannt. Das inde steht vielmehr in genauer Beziehung zu der Rechtsbehauptung und verweist auf dieselbe zurück. Auch wären bei jener Erklärung die Worte ex iure ganz überflüssig, da das, was sie ausdrücken sollten, schon durch inde, und unde — inde genügend bezeichnet wäre. Aus dem Bisherigen ergiebt sich schon, dass mit dem Inde — voco des Klägers und dem sich darauf beziehenden Unde — vocasti, inde — revoco des Beklagten nichts Oertliches bezeichnet werden soll[16]. Es wird damit vielmehr der Grund angegeben, aus welchem das ex iure manu consertum vocare erfolgt. Der Sinn der klägerischen Rede ist folgender: Ich behaupte, dass der fundus qu. mein Eigenthum ist. Desshalb, aus diesem Grunde, rufe ich dich, um demnächst das Grundstück dir gegenüber vindiciren zu können, dorthin (ibi)[17].

16) Vergl. Cic. p. Rosc. Am. 18, 52: Domum suam istum non fere quisquam vocabat; nec mirum, qui neque in urbe viveret, neque revocaturus esset. Phaedr. I, 26, 7. Lactant. VI, 12. post init. § 3. Varro ap. Non. 2. n. 751. Cic. Agr. III, 1. post init.

17) Aus Missverständniss des inde und unde hat man das Wörtchen ibi wohl für ganz überflüssig gehalten, und so ist es z. B. in der Ernestischen Ausgabe weggelassen. Auch Rudorff a. a. O. lässt es in der Antwort des Beklagten weg, wahrscheinlich unabsichtlich, da er es in die Anrede des Klägers aufnimmt. Vergl. L. 1. i. f. D. de or. iur. (1, 2.) — et quum ibi venerimus *rel.*



Sowie nun später, nachdem die Scholle geholt ist, der Beklagte der vindicatio eine contravindicatio entgegensetzt, so muss er auch auf diese vorbereitende Aufforderung zum Holen der Scholle eine entsprechende Antwort folgen lassen. Der Sinn seiner Antwort ist etwa dieser: Aus demselben Grunde, aus welchem du mich gerufen hast, rufe auch ich dich meinerseits dorthin (weil auch ich Eigenthümer des von dir bezeichneten fundus zu sein behaupte). Gegen Dernburg's und Zimmern's Auffassung spricht endlich noch, worauf schon Römer a. a. O. aufmerksam gemacht hat, dass Gellius ausdrücklich sagt: — alter alterum ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret. Es ist auch gar kein Grund vorhanden, mit Keller den Mangel einer contravindicatio im Anfange anzunehmen; denn nach unsrer Erklärung setzt der Beklagte der Anrede des Klägers allerdings eine Eigenthumsbehauptung entgegen, wenn auch nicht mit eben so breiten Worten, wie wir ja auch nicht wissen, ob die spätere wahre contravindicatio an der Scholle ebenso ausführlich war, wie die vindicatio. Gaius IV, 16. sagt nur: adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

Cicero's fortlaufende Darstellung bricht mit der Rückkehr der Parteien in's Gericht ab (iisdem ineptiis fucata sunt illa omnia). Gaius' Beschreibung beginnt erst an diesem Punkte, da sie bewegliche Sachen, welche gleich mitgebracht wurden, betrifft. Erst nach der Rückkehr in's Gericht erfolgt das manum conserere, die eigentliche vindicatio, welche nicht bloss aus der Rechtsbehauptung, sondern zugleich aus dem Ergreifen der Sache und dem festucam inponere besteht[18]. Auf Grund

18) Weil die Rechtsbehauptung mit symbolischer Gewaltanwendung verbunden sein musste, so war ursprünglich auch die Gegenwart der Sache selbst in iure erforderlich. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 127 ff. meint, die Gegenwart der Sache in iure sei nöthig gewesen, um über die Existenz und Identität derselben ein Einverständniss der Betheiligten herbeizuführen. Zu diesem Zweck hätten einfachere, weniger mühselige Mittel genügt. Würde desshalb wohl der Prätor seine gewöhnliche Gerichtsstätte verlassen haben? Und würde man auch später noch die Parteien genöthigt haben, die Reise zum Grundstück zu machen und nach der Rückkehr vor Gericht die Vindication an der Scholle vorzunehmen? Zudem lassen ja die gegenseitigen Aufforderungen der Litiganten keinen Zweifel darüber, dass sie sich zum Zweck des manum conserere und

seines behaupteten Rechts versucht der Kläger den Besitz der Sache zu ergreifen. Dadurch hervorgerufen erfolgt die contravindicatio in entsprechender Weise. Nicht bloss sind die Worte: Ecce tibi vindictam inposui untrennbar von dem festucam inponere, wie Keller mit Recht sagt, sondern ebenso ist dieses letztere untrennbar von der Rechtsbehauptung: Hunc ego fundum ex iure Quiritium meum esse aio; es ist „die symbolische Gewalt mit Anrufung des Rechts“[19]). Bewiesen wird das Gesagte auch durch die spätere Antwort des Beklagten: Ius peregi, sicut vindictam inposui, und durch Gellius' Worte: — cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare; ferner durch Gaius IV, 16: Qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat —, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Darf man wohl, was Gaius ausdrücklich als in einem Zuge gesprochen und gethan angiebt, so auseinander reissen, wie Dernburg es thut?

Ungenau ist es aber auch, wenn selbst Keller von einer Wiederholung der vindicatio im Verfolge spricht, und desshalb die Genauigkeit seines Bildes in Zweifel zieht. Im Anfange ist gar keine vindicatio zu finden, weil zum Wesen derselben noth-

---

nicht, um sich über die Identität der Sache zu verständigen, aus dem Gericht abrufen. Vergl. auch Ihering, Geist des röm. Rechts II. 2. S. 683 ff.

19) Keller, röm. Civilpr. S. 54 u. Anm. 213. Otfried Müller, rhein. Museum f. Jurispr. V. S. 191 meinte, ein eigentliches Sagen und Ankündigen der Gewalt liege nicht in dem vindicere, sondern dicere (alt deicere) werde auf seine erste Bedeutung, welche die Sprachvergleichung als die ursprüngliche nachweise, zurückzuführen sein, auf die Bedeutung des griechischen δεικνύναι, des deutschen Zeigen. Aus dem Obigen ergiebt sich, dass das vindicere recht eigentlich ein Gewalt-Sagen war. Diesen lediglich symbolischen Charakter des manum conserere betont mit Recht scharf Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 133 ff. In der Bemerkung, dass die Etymologie der Worte vindicare, vindicatio u. s. w. auf eine Uranschauung zurückführe, wonach Rache und Recht verwandte Begriffe seien, auf einen Zustand, wo Gewalt nur mit Gewalt vertrieben wurde, ist wohl eine unnöthige Concession an die von Bethmann-Hollweg bekämpfte Ansicht enthalten.

wendig die Rechtsbehauptung mit dem begleitenden festucam inponere gehört. Damit ist sie aber auch zu Ende. Was noch folgt, dient nur dazu, den Uebergang zum sacramento provocare zu bilden[20]. Auch Gaius sieht die Sache so an: — cum uterque vindicasset, praetor dicebat —; qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat —; deinde qui prior vindicaverat, dicebat *rel.*

Bevor wir aber zur Erörterung der deductio übergehen, müssen wir noch Einzelnes aus den Reden des Prätors und der Parteien berühren, dessen frühere Besprechung die bisherige Darstellung des Verlaufs der Vindication zu lange unterbrochen haben würde. Die Formel, welche der Prätor nach dem ex iure manu consertum vocare der Parteien auszusprechen hatte, enthielt vielleicht noch mehr als das, was Cicero anführt. Darauf deuten wenigstens Cicero's Worte: ei (sc. praetori) quoque carmen compositum est, quum ceteris rebus absurdum, tum vero in illo: suis utrisque superstitibus praesentibus *rel.* Auch nach Festus v. superstites: — quod superstitibus praesentibus ii, inter quos controversia est, vindicias sumere iubentur ist es nicht unwahrscheinlich, dass in dem Befehl des Prätors etwas von dem vindicias sumere vorkam. Puchta[21] hat desshalb nach Ciaconius' Vorgange vor inite viam statt 'istam viam dico' 'vindicias sumite' aufgenommen, während Keller, Rudorff u. A. diesen Zusatz nicht haben. Ihering[22],

20) Auch Danz, der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr S. 161, 162, 165, 166 stellt das Sachverhältniss bei der legis actio sacramento in rem nicht richtig dar, wenn er sagt, im ersten Act der legis actio habe nur Gewalt der Gewalt gegenüber gestanden, im zweiten sei Behauptung des Rechts von der einen und Behauptung des Rechts von der andern Seite erfolgt. Im Text ist gezeigt, dass mit dem vindictam inponere die Behauptung: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio unmittelbar verbunden ist. Im zweiten Act wird die Rechtsbehauptung von Seiten des Vindicanten gar nicht wiederholt, sondern dieser richtet, um dem Gegner, bevor es zum Aeussersten kommt, noch Gelegenheit zum Rücktritt zu geben, oder seine Anmassung zu constatiren, die Frage an ihn: Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris, worauf der Beklagte wiederholt, dass das vindictam inponere auf Grund seines Rechts geschehen sei.

21) Institutionen II. § 161 S. 90.

22) Geist des röm. Rechts II. 2. S. 679 Anm. 915.

der Puchta desshalb hart tadelt, erklärt aber wohl mit Recht jene Fassung für unmöglich, weil jeder Römer den Prätor verlacht haben würde, der ihm befohlen hätte, zuerst die Scholle zu holen, und dann sich auf den Weg zu machen. Allein desshalb brauchen die Ihering so anstössigen Worte doch nicht ganz zu fehlen. Puchta's Verstoss wird vermieden, wenn man, wie Dernburg a. a. O. stillschweigend thut, das istam viam dico beibehält und vindicias sumite erst auf inite viam folgen lässt. Das inite viam würde zu nackt dastehen, wenn nicht hinzugefügt wäre, zu welchem Zweck die Parteien viam inire sollen; denn auch in der gegenseitigen Aufforderung der Parteien ist dieser Zweck, das glebam sumere, nicht direct ausgesprochen. Dass Cicero die Worte weggelassen hat, ist nicht auffällig, da es ihm an jener Stelle darauf ankam, das inite viam und redite viam lächerlich zu machen, was noch besser gelingen musste, wenn der Zweck gar nicht erwähnt wurde [23]). Auch die von den Grammatikern (Fest. v. vindiciae p. 376 M.) aufgestellte genaue Erklärung des Wortes vindiciae deutet wohl an, dass es in den alten Formularen vorgekommen sein muss.

Viele Schwierigkeit machen die der Rechtsbehauptung sich eng anschliessenden Worte: secundum suam causam, sicut dixi, deren Erklärung bis jetzt nicht gelungen zu sein scheint. Sie finden sich auch unter den auf das Legisactionenverfahren bezüglichen litterae singulares bei Valerius Probus, woraus hervorgeht, dass sie ein stehender Bestandtheil des Vindicationsformulars gewesen sein müssen. Es lassen sich zwei Gruppen von Erklärern unterscheiden. Die eine nimmt an, dass die Worte nur bei der Vindication eines Menschen vorkommen; so Wetzell und Puchta. Wetzell [24]) geht von der Voraussetzung aus, dass der adsertor sich der festuca, welche ein Zeichen wahren Eigenthums sei, unmöglich habe bedienen dürfen, da er weder in seinem, noch in seines Schützlings Namen Eigenthum verfolgt habe; das Auflegen der vindicta müsse mit der causa des Sclaven

23) Man vergleiche die Worte: Haec iam tum — ridicula, credo, videbantur, homines, cum recte atque in loco constitissent, iuberi abire: ut, unde abissent, eodem statim redirent.

24) a. a. O. § 8 S. 49, 50.

in engem Zusammenhange gestanden haben. Darauf weise der Zusatz s. s. c. s. d. hin, welchen die Vindicanten eines Sclaven der gewöhnlichen Klagformel beigefügt hätten. Causa bezeichne im Allgemeinen die von der Natur des geltend gemachten Rechts unzertrennliche persönliche Qualität dessen, welcher Gegenstand der Vindication sei und mit der Lanze berührt werde.

Aus den Zeugnissen der Alten über die manumissio vindicta, welche ja, wie jede in iure cessio, in den Formen der vindicatio vor sich ging, wissen wir aber, dass dabei allerdings die festuca eine Rolle spielte[25]). Und so wird es bei der wirklichen assertio in libertatem, welche das Vorbild jener war, nicht anders gewesen sein. Uebrigens stimmt Wetzell's Ansicht mit der Puchta's überein.

Puchta[26]) äussert die Vermuthung, die Worte secundum suam causam seien wohl nur bei der Vindication eines Menschen gebraucht, weil dessen Vindication in verschiedenem Sinne habe vorkommen können: als eines Sclaven, als eines filius in potestate. Darauf hat Keller[27]) mit Recht erwidert, dass dieser Unterschied in den Hauptworten der actio selbst stehe (z. B.

---

25) Vergl. z. B. Keller, Inst. § 243. O. Müller, Rh. M. V. S. 190 ff. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 138. Anm. 16.

26) Cursus der Inst. § 161 Anm. m.

27) Röm. Civilpr. S. 54 Anm. 207. Keller's eigne Ansicht ist nicht deutlich zu erkennen. Der Ansicht Puchta's treten auch bei Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II. § 36 S. 131. 132 und neuerdings Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 139. Nach dem letztern sollen bei der gewöhnlichen Eigenthumsklage die fraglichen Worte bestätigen, dass der Vindicant ein einfaches meum ex iure Quiritium an dem Menschen behaupte. Dass auch der Gegner in der contravindicatio ihn in demselben Sinne in Anspruch nehme, darauf gehe die Frage des Vindicanten: Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris? und die bestätigende Antwort: Ius peregi, sicut vindictam inposui. Allein eine solche Bestätigung scheint mir bei dem feststehenden Sinne des meum ex iure Quiritium, namentlich in den Worten der legis actio, überflüssig zu sein. Ebenso halte ich eine Anfrage an den Gegner, um von ihm dieselbe Bestätigung zu erlangen, für unnöthig, da in der contravindicatio die Worte: secundum suam causam sicut dixi auch vorgekommen sein werden (adversarius eadem similiter dicebat et faciebat). Welchen Sinn jene Anfrage an den Gegner hat, habe ich in Anm. 20 zu zeigen versucht.

hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio). Gewiss ist auch, dass Gaius den homo nur als Beispiel gewählt hat, um daran die Vindication einer beweglichen Sache zu veranschaulichen (deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem) und das würde er wohl nicht so ohne Weiteres gethan haben, wenn sich die vindicatio hominis in irgend welchen Bestandtheilen ihres Formulars von der anderer beweglicher Sachen unterschieden hätte.

Die zweite Gruppe bezieht die Worte auf einen den solennen Worten in iure selbst vorausgegangenen formlosen Vortrag, worin das Sach- und Rechtsverhältniss, der Titel, worauf die Parteien ihre Eigenthumsbehauptung gründeten, auseinander gesetzt sei; so Zimmern[28]), Asverus[29]), Ihering[30]), Danz[31]). Huschke[32]) behauptet sogar, die Worte bedeuteten: nach dem

---

28) Rechtsgeschichte III. § 40 S. 110, 111.

29) Die Denunciation der Römer S. 63, 64. Asverus meint, wenn auch das Vindiciren einer Sache secundum suam causam wohl allerdings auf den Titel deute, aus dem man sie vindicire, so liege doch darin, dass der Kläger erkläre, er vindicire sie secundum suam causam, nicht, dass er sich bereits über den Titel seines Eigenthums ausgesprochen, oder dass er gar die factischen Verhältnisse, aus denen er den Erwerb eines Titels folgere, detaillirt habe, vielmehr könne in dieser Erklärung eben so gut lediglich ein Hinweisen auf die Umstände liegen, welche er in iudicio zur Begründung seines Rechts vorbringen werde. Diese Deutung hinderten die Worte sicut dixi nicht; denn schon vor den feierlichen Worten der legis actio habe natürlich der Kläger vor dem Magistrat seinen Anspruch bezeichnen müssen, den er dann, wenn die Identität der Sache ausser Zweifel gesetzt worden sei, mit Hinweisung auf diese, und auf das, was er schon vorher vorgetragen habe (sicut dixi), beim lege agere wiederhole. Asverus scheint also das sicut dixi nicht auf secundum suam causam, sondern auf die Rechtsbehauptung: Hunc ego fundum ex i. Q. meum esse aio zu beziehen; allein es ist reine Willkür, das secundum suam causam so von der Rechtsbehauptung loszureissen; ja man könnte nach der Wortstellung eher geneigt sein, das sicut dixi lediglich auf das unmittelbar vorhergehende s. s. c. zu beziehen. Auch die litterae singulares bei Valerius Probus haben doch Beides in Verbindung mit einander.

30) Geist des röm. Rechts II. 2. S. 612 Anm. 795.

31) Der sacrale Schutz S. 159.

32) Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern S. 92.

schon ausserhalb der Gerichtsstelle behaupteten Grunde und (Rechts-) Verhältnisse zu dieser Sache.

Gegenüber diesem Erklärungsversuche ist Folgendes geltend zu machen. Man kann vollständig zugeben, dass den solennen Worten der legis actio formlose Auslassungen der Parteien vorausgingen; aber dass diese durch irgend eine ausdrückliche Aeusserung in der solennen Rede auf jene gar nicht zur legis actio gehörigen formlosen Erörterungen Bezug genommen hätten und so gleichsam aus der Rolle gefallen wären, ist im höchsten Grade unwahrscheinlich. Das Vindicationsritual muss vielmehr wenigstens äusserlich ein Ganzes für sich bilden, dem man es nicht ansehen darf, dass Vorbereitungen vorausgegangen sind, um es in Scene zu setzen. Noch weniger ist es aber denkbar, dass eine solche Beziehung auf Aeusserungen ausserhalb der Gerichtsstätte, wie Huschke a. a. O. annimmt, stattgefunden habe. Wenn die Partei bei dem solennen Vindicationsact die Worte sicut dixi gebraucht, so können m. E. damit nur schon vorausgegangene solenne Worte gemeint sein. Dass nun gar durch die Worte s. s. c. s. d. auf eine vorherige Exposition des speciellen Erwerbsgrundes hingedeutet werde, erscheint vollends unzulässig [33]). Es würde darnach die sacramenti actio in rem vermöge eines ordentlichen, stehenden Bestandtheils ihres Rituals eine Beweglichkeit und Biegsamkeit besitzen, welche der formula petitoria abging. Dass diese in ihrer ordentlichen Gestalt keine Beschränkung auf einen speciellen Erwerbsgrund enthielt, ist allgemeine Annahme. Streitpunkt ist nur, ob eine solche Beschränkung vermöge eines ausserordentlichen Formeltheils, etwa einer praescriptio oder eines besonderen Zusatzes in der intentio selbst, möglich war. Fand sie nicht statt, so fiel die Angabe und nähere Auseinandersetzung des Erwerbsgrundes erst den Verhandlungen in iudicio zu, und anders wird es auch zur Zeit der Legisactionen nicht gewesen sein. Auch sucht man

33) Schon Wetzell a. a. O. S. 50 hat darauf hingewiesen, dass mit jener Auffassung die folgende Frage des Klägers: Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris? und die Antwort: Ius peregi, sicut vindictam inposui durchaus nicht zu vereinigen sei. Siehe jetzt auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 139. Anm. 18.

vergebens nach einer hinreichenden Erklärung, wie der Erwerbstitel als die sua causa des Sclaven bezeichnet werden kann [34]).

Wenn wir nun annehmen, dass die Worte sicut dixi auf schon vorausgegangene solenne Aeusserungen sich beziehen, so scheinen wir mit Gaius, dessen Beschreibung eben mit den Worten: Hunc ego hominem ex i. Q. meum esse aio s. s. c. s. d., ecce tibi, vindictam inposui anhebt, in Widerspruch zu gerathen. Es ist aber schon von anderer Seite bemerkt worden, dass Gaius nicht den ganzen formellen Hergang bei der legis actio sacramento beschrieben hat, dass er vielmehr nur das eigentliche lege agere im engeren Sinne des Wortes schildert. Dies wird hoffentlich durch das, was wir nun über die Bedeutung des secundum suam causam zu sagen haben, noch klarer werden.

Aus L. 6. D. de rei vind. (6, 1) ist ersichtlich, dass in der formula petitoria im concreten Falle eine genaue designatio des Klaggegenstandes verlangt wurde. So wird bei der Vindication eines Sclaven die Angabe seines Namens gefordert, oder für den Fall, dass der Kläger den Namen nicht weiss, eine nähere umschreibende Bezeichnung. Ferner soll bei der Vindication eines Grundstücks auch der Name und die Lage angegeben werden [35]). Auch in der Beschreibung des Vindicationsrituals, welche Cicero in der oratio pro Murena giebt, wird in den Eingangsworten der Gegenstand der Klage mit den Worten bezeichnet: fundus, qui est in agro qui Sabinus vocatur. Dass bei der Vindication beweglicher Sachen zur Zeit der Legisactionen eine ähnliche genaue designatio nöthig gewesen, könnte man aus dem Grunde bezweifeln, weil diese Sachen selbst vor Gericht geschafft wurden, und scheinbar durch ihre unmittelbare Gegenwart die genaue Bezeichnung ersetzten. So hält es z. B. Ihering [36]), weil Gaius bloss hunc hominem sage, für denkbar, dass bei beweglichen Sachen die namentliche Bezeichnung derselben hinweggefallen sei, da sie wegen der Gegenwart und des Haltens der Sache überflüssig erscheine. Dies würde voraussetzen, dass

34) Göttling, Gesch. der röm. Staatsverf. S. 137 meint, secundum suam causam sei so viel als secundum iustam causam, wie man auch suus heres für iustus heres sage.

35) Vergl. Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts Bd. I. Anhang VIII. Anm. 54.

36) Geist des röm. Rechts II. 2. S. 614. Anm. 798.

Jedermann jede seiner Sachen genau von Ansehen kenne, sie also mit eigenen Augen recognosciren könne. Es lassen sich aber gar viele Fälle denken, wo der Eigenthümer seine Sache noch nie gesehen. Was hilft da die unmittelbare Gegenwart, um Irrthümer auszuschliessen? Durch diese allein wird m. E. die Identität der Sache noch keineswegs sicher festgestellt. Die Bedenken, welche die Darstellung von Gaius erregt, schwinden, wenn folgende Auffassung der Sachlage richtig ist. Wenn bei beweglichen Sachen, die vor den Prätor geschafft wurden, auch das ex iure manu consertum vocare keine Anwendung litt, so ging doch gewiss dem Aussprechen der eigentlichen Vindicationsworte und dem festucam inponere eine Aufforderung dazu voraus. Es entspricht wenigstens ganz diesem streng logisch und gemessen, Schritt vor Schritt, fortrückenden Verfahren und dem, was wir in anderen Theilen desselben beobachtet sehen, dass jedem neuen Handeln der Parteien eine gegenseitige Aufforderung dazu vorhergeht. Bei dieser ersten Aufforderung zum vindicare wird die genaue designatio [37]) stattgefunden haben, ebenso wie die nähere Bezeichnung des fundus schon bei dem ex iure manu consertum vocare erfolgte. Nun konnte der Kläger allerdings, wenn es an die Vindication ging, ohne Missverständnisse befürchten zu müssen, sich mit dem blossen Hinweis: hunc ego hominem unter Bezugnahme auf seine frühere detaillirtere Angabe begnügen. Diese Bezugnahme eben liegt, wie ich glaube, in den Worten: s. s. c. s. d. Causa rei bezeichnet, wie aus vielen Anwendungen bekannt ist, „das Rechtsobject in seinem ganzen Umfange mit allen seinen ihm zukommenden juristischen Bestimmtheiten". [38]) Causa ist das ganze Rechtsverhältniss selbst nach seiner objectiven Seite. Diese Bedeutung liegt auch dem secundum suam causam zu Grunde: der Kläger vindicirt die Sache in Gemässheit der ihr zukommenden Beschaffen-

37) z. B. die Angabe, dass man etwa nur deducto usufructu vindicire.

38) Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts Bd. I. § 78 d. e. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung S. 69 ff. Voigt, Ueber die Condictiones ob causam, führt in seiner lexicalischen Feststellung der Begriffe von causa S. 28 unsre Formel nur als ein Beispiel für die Bedeutung: Lage, Zustand, Verhältniss, conditio, status von Personen, Sachen oder Verhältnissen an.

heit, wie er sie schon in der vorläufigen Bezeichnung seines Anspruchs bei der Aufforderung zur Vindication angegeben hatte. Bei dieser Erklärung gewinnt auch das Wort suam erst seine Bedeutung.

Es bleibt noch zu untersuchen in welcher Verbindung die von Val. Probus 4, 7 und Cicero p. Caec. 19 p. Mur. 12 überlieferten Worte: Quando in iure te conspicio, postulo anne fuas auctor mit dem Vindicationsritual gestanden haben. Vollständig finden sie sich nur bei Probus, während Cicero an beiden Stellen nur die ersten Worte: Quando te in iure conspicio referirt, doch aber in der ersten Stelle die Richtung derselben an den auctor praesens erwähnt. Folgende Erklärung, welche ich einmal für die richtige hielt, hat manches Scheinbare für sich, ist aber dennoch zu verwerfen. Bekanntlich konnten ein Pupill und eine Frau eine legis actio nur tutore auctore vornehmen,[39]) und die auctoritas musste hier, wie bei allen Geschäften, zu denen sie erforderlich ist, von dem gegenwärtigen Tutor statim in ipso negotio ertheilt werden. Aus L. 3 D. de auctoritate et consensu tutorum (26,8), wo gesagt ist, dass auch die ohne vorhergehende Frage ertheilte auctoritas gültig sei (etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas eius, quum se probare dicit id, quod agitur), dürfen wir auch den Schluss ziehen, dass regelmässig nur auf vorhergehende Anfrage der anderen Partei die Ertheilung der auctoritas erfolgte. Es scheint also sehr nahe zu liegen, die Frage: Quando te in iure conspicio, postulo anne fias auctor auf den Fall eines Prozesses mit einem Pupillen oder einer Frau zu beziehen. Allein die Verbindung, in welcher jene Worte bei Probus und in der Oratio pro Murena sich finden, deuten auf eine specielle Beziehung derselben zur Vindication hin. Probus hält in dem Abschnitt über die Legis Actionen dieselbe Ordnung wie Gaius inne, und Beide folgen dabei wahrscheinlich, wie Huschke[40]) mit Recht bemerkt hat, dem ältern Muster des ius Flavianum. Die Reihe beginnt mit der sacramenti actio in personam, dann folgt die sacramenti actio in rem, darauf die iudicis arbitrive postulatio u. s. w. Die Worte Quando in iure te conspicio, p. a. f. a. stehen nun zwischen den Formeln: secundum suam causam, s. d., ecce tibi vindictam, und Te, praetor, iudicem arbitrumve

39) Ulp. fr. XI. 24, 27, Gai. I. 184.

40) Iurispr. anteiust. p. 253 not. 14.

postulo uti des, beziehen sich also noch auf die Vindication. Bestätigt wird dies durch die Oratio pro Murena, wo Cicero, nachdem er die ersten Reden und Gegenreden des Vindicationsrituals verspottet, mit folgenden Worten abbricht: Iisdem ineptiis fucata sunt illa omnia, quando te in iure conspicio et haec, sed anne tu dicis, qua ex causa vindicaveris? Ferner könnte Cicero, wenn jene Formel wirklich nur die an den Tutor ergehende Aufforderung zur Ertheilung der auctoritas enthielte, dieselbe in der Or. pro Caec. c. 19. unmöglich als eine besondere actio in auctorem praesentem bezeichnen. Wie ich glaube, hat Huschke den Worten die richtige Beziehung gegeben. Er geht davon aus, dass der Mancipant verpflichtet war, den Käufer im Prozess zu vertheidigen, und nimmt an, dass er durch jene Frage des Klägers in den Prozess hineingezogen, und nach deren bejahender Beantwortung auch mit ihm sacramento provocirt worden sei [41]). Wenn er auf die Frage des Klägers die auctoritas nicht übernahm, so nannte man das wohl defugere auctoritatem. Abweichend hiervon halten Heffter [42]) und Mommsen [43]) unsere Formel für die actio auctoritatis des Beklagten gegen den Litisdenuntiaten, was mir schon desshalb unzulässig scheint, weil durch die Worte Quando in iure te conspicio und auch durch das Adjectiv „praesentem" genugsam angedeutet wird, dass der auctor nicht Hauptbeklagter ist, sondern nur neben diesem am Prozess Theil nimmt. Rudorff [44]) legt die Frage an den auctor nicht dem Kläger, sondern dem Beklagten in den Mund, und lässt den auctor als defensor (suo nomine) ganz an die Stelle des ursprünglichen Litiganten treten. Dieser Annahme widerspricht, dass unsere Formel von Cicero ausdrücklich als eine Klage gegen den auctor bezeichnet wird. Auch ist der völlige Uebergang des Streits auf den auctor bei der Unzulässigkeit der Stellvertretung zur Zeit der Legis Actionen nicht zu denken. Mit jenem Princip verträgt sich vielmehr nur eine accessorische Theilnahme am Prozess. Desshalb darf man auch nicht annehmen, dass der auctor ein besonderes Sacramentum bestellt habe, wodurch der Kläger genöthigt worden wäre, seinerseits ein zweites Sacramentum zu bestellen.

---

41) Das Recht des Nexum, S. 184, 185.

42) Gaii Institutionum comm. IV. p. VII.

43) Ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate (1843).

44) Rechtsgesch. II. S. 131, 132 u. Ztschr. f. gesch. Rechtsw. XIV. S. 132.

Nachdem wir bisher das alte Vindicationsritual in seinem Zusammenhange und in seinen einzelnen Bestandtheilen erörtert haben, können wir uns jetzt zur Untersuchung des Wesens der deductio quae moribus fit, welche von Savigny u. A. mit jenem Ritual in Verbindung gebracht wird, wenden. Savigny geht von der Erzählung des Gellius aus, nach welcher die alte Form des manum conserere auf dem streitigen Grundstück selbst in Gegenwart des Prätor für den letzteren bei entfernten Grundstücken zu lästig und umständlich geworden sei. Desshalb hätten später die Parteien, ohne den Prätor vorher anzugehen, die deductio verabredet, und für sich, bloss mit einigen Freunden, die als Zeugen dienten, vollzogen. Das Wesen dieser deductio besteht nach Savigny darin, dass einer den anderen aus dem Grundstück hinausführte, d. h. zum Schein mit Gewalt hinauswarf. Dann hätten die Parteien ohne Zweifel die Scholle schon mitgebracht, wenn sie nach Rom vor den Prätor kamen. Um aber das Andenken der älteren Form zu erhalten, seien sie nur zum Schein weggegangen, und sofort wiedergekommen, gleich als ob sie eben jetzt erst die Scholle abgeholt hätten. Kurz, die deductio soll das manum conserere selbst sein, nur in Abwesenheit des Prätors. Während Andere, wie wir vorher bei Erklärung des ex iure manum consertum vocare gesehen haben, nach dem ersten Erscheinen vor dem Prätor die Parteien allein das manum conserere an dem Grundstück selbst noch vornehmen lassen, verlegt Savigny dieses manum conserere nur vor das erste Erscheinen vor dem Prätor. Sehr begründet scheint mir zunächst Keller's Einwand gegen diese Ansicht, dass es schwer zu begreifen sei, warum man nach vollzogener deductio wieder mit dem Vindicare und Contravindicare vor dem Prätor angefangen. Im Früheren ist gezeigt worden, dass das alte Vindicationsverfahren ein streng in sich zusammenhängendes Ganze bildete. Es finden sich darin keine Sprünge, aber auch keine Wiederholungen. Jede einmal überschrittene Entwicklungsstufe ist damit abgethan, und kann nur das Fundament zu weiteren Entwicklungen bilden. Bei der Savigny'schen Ansicht wäre der spätere Act der symbolischen Gewalt vor dem Prätor selbst eine Rückkehr zu einer schon hinten liegenden Entwicklungsstufe. Ja, das Ritual erhält geradezu etwas Klaffendes, Unzusammenhängen-



des dadurch, dass die Parteien nachher vor dem Prätor in keiner Weise auf die deductio Bezug nehmen, sondern sich so geriren, als wäre noch nichts geschehen. Cicero selbst erwähnt in seiner Beschreibung der vindicatio, welche bis zum Wiedererscheinen der Parteien in iure ganz genau ist, der deductio in keiner Weise, während er da, wo er die deductio erwähnt, dieselbe nicht mit dem Vindicationsritual in Verbindung bringt. Würde Cicero, der sich gerade über die Umständlichkeit des Rituals lustig macht, jene schleppende Wiederholung, die ihm in Wahrheit Stoff für seinen Witz hätte bieten können, wohl übergangen haben?

Ferner würde man aber, wenn die deductio wirklich das manum conserere ersetzen sollte, in dem Symbol etwas vermissen, was die Gewaltübung der Parteien zum Stillstand bringt, also das Mittite ambo hominem oder Decedite ambo de fundo des Prätors in Abwesenheit desselben ersetzt. Bei der deductio setzt vielmehr der Eine die Gewalt gegen den Andern durch. Auch müsste die deductio, um als Surrogat des manum conserere gelten zu können, jedenfalls neben der Gewaltübung eine Berufung auf das Eigenthumsrecht enthalten haben, wovon aber bei Cicero Nichts berichtet wird. Nach den einzelnen beschreibenden Ausdrücken des Cicero ist es auch nicht wahrscheinlich, dass eine solche stattgefunden habe. Man könnte dahin die Worte: experiundi iuris gratia [45]) deuten, in Erinnerung an das Gaianische ius peregi, s. v. i. Wir werden aber weiterhin sehen, dass jene Worte viel wahrscheinlicher auf eine andere Weise erklärt werden müssen.

Ausser Savigny haben noch Rudorff[46]) und Witte[47]) an einer Verbindung der deductio mit der sacramenti actio in rem festgehalten. Das sinnlich Formale der deductio, der symbolische Charakter scheint ihnen mehr auf die Zeit der Legis Actione hinzuweisen. Der Erstere sieht in der deductio die Ausführung einer Privatübereinkunft über den Besitz und die Parteirolle.

45) pro Caecina c. 12.

46) Jahrb. für wiss. Krit. 1843 No. 76 S. 602 f.

47) Das int. uti possidetis S. 32 ff. In unveränderter Form hat Walter, Rechtsgesch. 3. Aufl. II. S. 349 Anm. 12 die Savigny'sche Ansicht beibehalten.

Nur in Ermangelung einer solchen seien die manus consertae und das vindicias dicere eingetreten. Dagegen hat schon Witte sehr richtig ausgeführt, dass das conserere manus ohne Ausnahme immer bei der sacramenti actio in rem stattfand. In der That ist dasselbe mit dem ganzen Formular so eng verflochten, dass dieses beim Wegfallen jenes vollständig umgeändert werden müsste. Man bedenke nur, dass die Aufforderung zur Sacramentsbestellung motivirt wird durch die Worte: Quando tu iniuria vindicavisti, und dass mit diesen Worten nicht bloss die Eigenthumsbehauptung, sondern auch das vindictam inponere gemeint ist. Witte nimmt an, dass in den Fällen, wo eine Uebereinstimmung der Parteien darüber, wer während des bevorstehenden Prozesses die Vindicien haben sollte, stattfand, die deductio zu dem Zweck eingetreten sei, um jene Uebereinstimmung dem Charakter des ältesten römischen Rechts entsprechend gewissermassen handgreiflich in die Erscheinung treten zu lassen. Der Prätor habe dann beim vindicias dicere keine freie Wahl gehabt. Allein wenn die Besitzregulirung, die materiell durch Privatübereinkunft der Parteien zu Stande gekommen ist, immer noch ihren formellen Ausdruck in dem manus conserere und dem sich daran schliessenden vindicias dicere des Prätors findet, so sieht man nicht ein, wesshalb jene Uebereinkunft sich ausserdem noch in einer besonderen Form ausprägen soll. Beide, Rudorff und Witte, schliessen sich aber darin der Keller'schen Ansicht an, dass sie als Resultat der deductio die Besitzregulirung durch private Uebereinkunft der Parteien betrachten.[48])

---

48) Puchta's Aeusserungen über die deductio kann ich nicht miteinander vereinigen. In den Institut. Bd. II. § 161 Anm. s ist er insofern derselben Ansicht, wie Rudorff, als auch er den von Keller behaupteten practischen Zweck der deductio billigt, dagegen die weitere Behauptung, dass die deductio erst für den Formularprozess aufgekommen sei, verwirft, und nur ein anfängliches Herübernehmen derselben auf die Vindication per sponsionem und vielleicht auch per formulam petitoriam für wahrscheinlich hält. Während aber Keller und Rudorff ein alternatives Verhältniss, jener zwischen deductio und interdictum uti possidetis, dieser zwischen deductio und manus consertae mit folgendem vindicias dicere annehmen, hält Puchta (im Text), wie später Witte, die deductio für eine von dem vindicias sumere getrennte, der ganzen legis actio vorausgehende Handlung, und § 225 Anm. g spricht er sich dahin aus, dass, obwohl

Keller theilt nämlich die Solennität der deductio nicht dem Legisactionenverfahren, sondern der in rem actio per formulam zu, und zwar zunächst der ältesten Gestalt dieser, dem Verfahren per sponsionem. Diese Prozessform habe sich noch möglichst an die alte legis actio angelehnt. Die deductio gehe als symbolische Handlung der legis actio in rem von deren Anfang bis zum vollendeten vindicias dicere durch den Prätor parallel. Um einen vollständigen Abglanz der ganzen legis actio vor uns zu sehen, fehle nur noch das Erscheinen der Parteien vor dem Prätor, endlich ein Ersatz für das praedes dare litis et vindiciarum und das Sacramentum. Für das Erste sei durch das vadimonium, welches sich der deductus von seinem Gegner promittiren liess, gesorgt; das Uebrige fänden wir in der satisdatio pro praede litis et vindiciarum und der sponsio. Als Resultat der deductio bezeichnet Keller den auf's Neue befestigten Besitz des bisherigen Besitzers. Sie habe bei unstreitigem Besitz das manum conserere und das vindicias dicere ersetzt, während bei streitigem Besitz das interdictum uti possidetis nöthig gewesen sei. Vielleicht sei die deductio auch auf das Verfahren per formulam petitoriam übertragen, dann zuerst bei dieser, nachher auch bei der actio per sponsionem abgeschafft. — Die Späteren, welche die deductio berührt, haben sich meistens mit geringen Modificationen dieser Ansicht angeschlossen.[49])

---

bei der legis actio eine solenne Feststellung des Besitzes durch deductio u. s. f. und das vindicias dicere geschehen sei, doch auch das interdictum uti possidetis bei derselben statthaft gewesen sei. Nach seinem Erfolge hätten sich sodann jene solennen Handlungen bestimmt, die eben nichts anders als Solennitäten gewesen, worin früher das Ermessen des Prätors, später das Resultat des Interdicts seinen förmlichen Ausdruck gefunden. Aber vorher hatte sich Puchta doch Keller darin angeschlossen, dass er im Falle der friedlichen Einigung der Parteien über die Besitzfrage die deductio als solennen Ausdruck dieser Einigung eintreten, und durch dieselbe den Deducirenden als Beklagten constituirt werden liess. Wie können danach interdictum uti possidetis und deductio jemals zusammentreffen, das Resultat des einen in der anderen seinen förmlichen Ausdruck finden?

49) Unentschieden Rein, Privatrecht u. Civilpr. der Römer S. 895 Anm. 2. Huschke (Gaius S. 189) unterscheidet sich von Keller nur dadurch, dass er das Verfahren nicht erst dem Formularverfahren, sondern schon dem Legisactionenverfahren zutheilt: bei strei-

Savigny selbst hat späterhin [50]) die abweichende Ansicht Keller's für sehr beachtenswerth erklärt, und dabei geäussert, dass eine sichere

tigem Besitz sei das obrigkeitliche Verfahren sacramento unvermeidlich gewesen; dagegen bei Uebereinstimmung über die Besitzfrage habe die deductio genügt, worauf dann das Verfahren per sponsionem et iudicis postulationem gefolgt sei. Diese Ansicht stimmt in dem Punkt, der uns hier interessirt, nämlich in der Auffassung der deductio selbst, mit der Keller'schen überein. Abweichender ist Wetzell's Ansicht (röm. Vindicationsprozess S. 83 ff.). Auch bei dem Sponsionsverfahren kam nämlich nach Wetzell's Meinung noch eine Vindicienertheilung vor. Da aber die Sponsionssumme gar nicht eingefordert wurde, und desshalb eine Sponsion beider Litiganten unnöthig schien, so vereinfachte man das Verfahren dadurch, dass man die Leistung der Sponsion der Vindicienertheilung nachfolgen liess, und dem zum Besitzer Bestimmten allein abverlangte. Damit war aber die bisherige Zweiseitigkeit der einleitenden Parteibehauptungen noch nicht aufgegeben; nur die alten feierlichen Formeln und Symbole verschwanden, ein gegenseitiges Behaupten von Eigenthum, ein formloses vindicare und contravindicare, worin die Bitte um Ertheilung der Vindicien lag, ging noch immer der ganzen Verhandlung voraus. Auch die Gegenwart des Streitgegenstandes war noch erforderlich, nicht nur wegen Ertheilung der Vindicien, sondern auch als natürlichste Bezeichnung des streitigen Objects. Die unmittelbare Gegenwart unbeweglicher Sachen ward durch die auf der Sitte beruhende Einleitungshandlung der deductio ersetzt. Diese, früher ein gewaltsames Eindringen in das Grundstück, um den Besitzer zur Vertheidigung zu bewegen, ward später friedlicher und symbolischer Natur. Bei Gelegenheit derselben wurden die Vindicien mitgenommen, sie vertrat also das ex iure manum consertum vocare nnd hatte den practischen Zweck, die Identität des Streitobjects durch unmittelbare körperliche Nähe festzustellen.

Wetzell hat die Grundlage seiner Ansicht, nämlich die Annahme, dass auch im Sponsionsprozess eine Verleihung der Vindicien vorgekommen sei, nicht zu beweisen vermocht. Vergl. unten Anm. 77. Auch den weiteren Behauptungen, dass bei Gelegenheit der deductio die Vindicien mitgenommen, und dass beim Verfahren per sponsionem noch ein vindicare und contravindicare vorgekommen sei, fehlt es an jedem Zeugnisse. Dass die deductio mit dem Abholen der Scholle nicht identificirt oder zu einer collectiven Rechtshandlung verbunden gedacht werden dürfe, hat schon Keller (Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XI. S. 290 ff.) genügend gezeigt. Damit fällt auch der angebliche practische Zweck der deductio, die Identität des Streitobjects durch unmittelbare körperliche Nähe festzustellen. Auch hätte diese eben so sicher auf weniger umständliche Weise festgestellt werden können, wie Witte (interdictum uti possidetis S. 34) mit Recht bemerkt,

Entscheidung der Streitfrage bei den sehr spärlichen und unvollständigen Quellenzeugnissen nicht möglich sei. Jede der aufgestellten Meinungen lasse sich mit Schein vertheidigen.

Ich will zunächst auf einen Widerspruch aufmerksam machen, welchen die Keller'sche Ansicht in sich zu schliessen scheint. Die Verbindung der deductio mit der in rem actio per sponsionem soll wesentlich eine formale Idee ausdrücken: es soll die uralte Formalidee darin geschont sein, dass einmal jeder Eigenthumsklage eine symbolische Gewalt vorangehen müsse. Die deductio gehört also zur Form der in rem actio per sponsionem, wie das manum conserere zur Form der alten legis actio in rem. Man sollte hiernach erwarten, dass die deductio nach Keller bei der in rem actio per sponsionem nie fehle. Allein das ist Täuschung. Die deductio fällt ganz weg, wenn der Besitz streitig ist, und das uti possidetis tritt an die Stelle. Passt das zu dem Character einer Form? Behauptet hier nicht der vorher

Pfordten (Richter's kritische Jahrb. XIX. S. 40) hält „Keller's Ansicht für richtig, nur mit der Erweiterung, dass die deductio nicht bloss dann eintrat, wenn die Parteien von Anfang an über den Besitz einig waren, sondern auch, wenn derselbe, ohne dass gewaltsame Störungen stattgefunden hatten, zweifelhaft und bestritten war, wie dies bei Grundstücken leicht der Fall sein kann. Hier war die deductio eine friedliche, aussergerichtliche Untersuchung und Regulirung des Besitzes unter Zuziehung von Freunden, also eine Art von Vergleich oder Schiedsgericht, aber natürlich ohne allen Zwang, nur auf dem guten Willen der Parteien ruhend, welche den Besitzstreit vermeiden, und nur die Eigenthumsfrage der richterlichen Entscheidung unterstellen wollten." Mit dieser Erklärung reimt es sich nicht, dass im Voraus ausgemacht wurde, welcher von beiden Litiganten deducirt werden sollte. Nach Pfordten's Auslegung hat freilich der Ausdruck: ut Caecina de fundo moribus deduceretur offenbar nicht den Sinn, dass verabredet gewesen sei, jedenfalls müsse Caecina deducirt werden d. h. den Besitz aufgeben, sondern nur, er unterwerfe sich der deductio moribus, wenn wirklich Aebutius als Besitzer erkannt werde. Mag man über die Möglichkeit dieser Auslegung denken, wie man wolle, jedenfalls wird Pfordten's Meinung durch die Verabredungen, welche Tullius und Fabius mit einander treffen, widerlegt, c. 20 pro Tullio: Appellat Fabius ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum. Manet in ea condicione Fabius. Hier wird ganz unzweideutig verabredet, dass Tullius den Fabius deduciren und dafür demselben auch das Vadimonium bestellen solle.

50) Vermischte Schriften I. S. 311 ff.

zurückgesetzte practische Zweck allein das Feld? Das Schwanken geht noch weiter. In den Semestrien [51]) stellt Keller die Vermuthung auf, dass die Wirkung der deductio doch nicht soweit gegangen sei, wirklich einen Besitz übertragen zu können, dass es vielmehr dem, welcher sich deduciren liess, immer noch freigestanden, die Vindication aufzugeben und auf Grund seines im Augenblick der deductio vorhandenen Besitzes ein Interdict anzustellen. Damit ist der practische Zweck der deductio wieder völlig Preis gegeben. Sieht man aber auch hiervon ab, so bleibt immer noch das Bedenken, dass Keller in das Symbol Etwas hineinträgt, was in demselben keinen Ausdruck findet, während doch gerade das Wesen des Symbols darin besteht, dass ein abstracter Gedanke, ein rein Geistiges durch das Bild eines körperlichen Gegenstandes oder eines äusseren Herganges dargestellt werden soll. Kann man wohl in dem Bilde gegenseitiger Gewaltthätigkeit, in dem Hinausgeworfenwerden des Einen durch den Anderen den Ausdruck für die Vereinbarung, dass der letztere als Besitzer der Sache anerkannt sein solle, finden? Keller legt dabei Gewicht auf das deducere; er sieht darin die siegreiche Abwehrung des Eingedrungenen durch den bisherigen Besitzer. Allein es ist nicht bewiesen, dass stets der wirkliche Besitzer der Deducirende gewesen sei, wenn ich gleich nicht läugnen will, dass regelmässig derjenige, welcher sich, wie wir sagen würden, im jüngeren Besitze befand, der Deducirende gewesen sein wird. Aus den Aeusserungen Cicero's in beiden Reden, in welchen er die deductio erwähnt, namentlich in der pro Tullio, scheint hervorzugehen, dass die Parteirollen bei der deductio durch Verabredung festgestellt zu werden pflegten. Fabius stellt dem Tullius die Alternative, ob er den Tullius oder Tullius ihn deduciren solle. Tullius wählt das Letztere, und Fabius geht auf diesen Vorschlag ein (manet in ea condicione Fabius). Keller muss freilich annehmen, dass der bisherige Besitzer der Deducirende gewesen sei, denn nur unter dieser Voraussetzung kann er behaupten, dass das Resultat der vis ex conventu der auf's Neue befestigte Besitz des bisherigen Besitzers gewesen sei. Ein bisher schon vorhandener Besitz kann wohl durch gewaltsame Abwehr eines Eindringlings als befestigt erscheinen, dagegen dem Nichtbesitzer kann die gewaltsame Dejection des bis-

herigen Besitzers doch nur eine vitiosa possessio verschaffen. Dem Vertriebenen gegenüber kann aber eine solche possessio auch beim interdictum uti possidetis nach Keller's eigener Ansicht unter keinen Umständen etwas nützen. Wir sehen, das Bild der Gewaltthätigkeit, welches uns in der deductio vorliegt, ist nicht geeignet, den Gedanken einer friedlichen Vereinbarung über den Besitzstand auszudrücken.

Wenn aber die deductio weder einen Theil der alten legis actio in rem, noch der in rem actio per sponsionem bildete, zu welchem Verfahren gehört sie denn? Dass sie einen gerichtlichen Streit, ein prozessualisches Verfahren vorbereiten sollte, ergiebt sich daraus, dass Tullius in unmittelbarer Anknüpfung an seinen Vorschlag erklärt: se vadimonium Fabio Romam promissurum. Aber die Voraussetzung, von der sowohl Savigny als Keller ausgegangen sind, dass die deductio als Vorbereitung einer Eigenthumsklage diente, scheint nicht so unumstösslich zu sein. Eine nähere Prüfung dessen, was die erwähnten beiden Reden Cicero's über die deductio an die Hand geben, hat mich zu der Ueberzeugung gebracht, dass sie eine Vorbereitung des interdictum uti possidetis war. Bevor ich die Beweise für diese Annahme beizubringen suche, will ich kurz angeben, zu welchem Behuf die deductio nach meiner Ansicht jenem Interdict vorausging. Trägt man nichts hinein, so kann man in dem Zusammentreffen der Parteien auf dem Grundstück in Gegenwart von Zeugen und der deductio nichts weiter finden, als einen möglichst prägnanten Ausdruck der gegenseitigen Besitzanmassung. Auf diesen Gedanken deuten auch

---

51) Semestr. p. 372: — deinde hoc addam, esse quaedam apud Iurisconsultos vestigia, quibus nescio an eo ducamur, deductionem illam, quae moribus fit, ad possessionem non adeo valuisse, ut eam etiam transferret, immo qui in rem acturus deduci se passus esset, ei nihilominus liberum fuisse, omissa vindicatione ad possessionis disceptationem reverti, et quam tunc habuisset possessionem, si alia de causa non amisisset, interdicto retinere, sin amisisset, recuperare. Quod si ita fuit — et magis est credibile, quod ius recitatis Digestorum locis (L. 12 § 1. D. A. v. A. P. L. 18 § 1. De vi) traditur, ex antiquo illo deductionum tempore transmissum ac postea conservatum, quam a Iurisconsultis nostris, obsoleta deductione, recens inventum introductumque esse *rel.*

die Ausdrücke vis ex conventu und ius experiri hin [52]). Eine solenne Handlung, welche den Eingriff in den Besitz symbolisch darstellte, musste der Auswirkung des Interdicts vorhergehen. Demjenigen, welcher deducirt wurde, fiel es zu, das Interdict auszuwirken, ihm wurde daher das vadimonium promittirt [53]), und berief er sich dann wohl vor dem Prätor auf die vor Zeugen geschehene deductio. Ob Jemand die deductio mit dem Gegner vornehmen wollte, hing wohl nicht von seinem Belieben ab: es gehörte gewiss mit zu den Pflichten einer ordentlichen Vertheidigung, auf die Aufforderung des Anderen zur Vornahme der deductio einzugehen. Dafür sprechen die Ciceronischen Wendungen: ' placuit Caecinae — constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur, und: appellat Fabius ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur, [54]) ferner: cum Aebutius Caecinae malum minaretur, ibi tum Caecinam postulasse, ut moribus deductio fieret. [55])

Man könnte unserer Annahme gegenüber auch den Einwand, welchen Savigny nach einer anderen Seite hin erhob, nämlich, dass eine symbolische Handlung, wie die deductio, gar nicht zu dem bloss prätorischen Institut der Interdicte passe, geltend machen wollen. Auf das Gewicht, welches man diesem Einwande bezüglich des interdictum uti possidetis zuzuschreiben hat, wird es nicht ohne Einfluss sein, welcher Ansicht über die Entstehung desselben man sich zuwendet. Da aber die Entstehung der Interdicte überhaupt nach der Ansicht der meisten

---

52) Dass bezüglich der Ergreifung und Anmassung des Besitzes zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen ein wesentlicher Unterschied bestehe, hat Huschke Anal. litt. p. 129 sehr gut ausgeführt. Seine Worte sind folgende: Et quod ad mobiles quidem res attinet, quarum possessio sola apprehensione acquiritur, iam satis iniuriae factum videbatur, si ab utroque apprehensae erant; at in praedio ut — iniuria facta videri— posset, hoc non sufficiebat propterea, quod fundi possessio non apprehensione, sed depulsione et defensione quaeritur.

53) Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass es auch beim Interdictenverfahren Sache des Klägers war, den Beklagten durch die gewöhnlichen Mittel vor den Magistrat zu bringen. S. Schmidt, Interdiktenverfahren, S. 218.

54) pro Caecina c. 7, c. 10. pro Tullio c. 20.



Juristen bis in die Zeit des Legisactionenverfahrens hinaufreicht, so kann es diesen wenigstens nicht von vornherein unglaublich erscheinen, dass auch bei einzelnen Interdicten in alter Zeit symbolische Handlungen vorgekommen seien. So ist z. B. durch die neuesten Untersuchungen über das bei der operis novi nunciatio beobachtete Verfahren [55]) festgestellt worden, dass der dem eigentlichen Verfahren vor dem Prätor vorausgehende aussergerichtliche Act der nunciatio ein formaler, zu seiner Gültigkeit bestimmter Solennitäten bedürfender, war. Jedenfalls zeigt diese Analogie, dass, sollte der Formalact der deductio Vorbereitung eines Interdicts sein, dies durchaus nicht einzig dastehen würde.

Wenden wir uns jetzt jedoch zu den Beweisen unserer Behauptung. Eine der für unseren Zweck wichtigsten Stellen, worin ich eine unzweideutige Hinweisung auf die Zusammengehörigkeit der deductio mit dem interdictum uti possidetis sehe, findet sich ziemlich im Beginn der Rede pro Caecina. Nachdem nämlich Cicero seine Verwunderung über die Unverschämtheit des Aebutius, der nicht einmal zögere, die ihn gravirenden Thatsachen einzugestehen, ausgedrückt, fährt er mit folgenden Worten fort: Nisi forte hoc rationis habuit (Aebutius), quoniam, si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset: quia contra ius moremque facta sit, A. Caecinam cum amicis metu perterritum profugisse: nunc quoque in iudicio, si causa more institutoque omnium defendatur, nos inferiores in agendo non futuros: sin a consuetudine recedatur, se, quo impudentius egerit, hoc superiorem discessurum. Offenbar will Cicero sagen, Aebutius scheine seine Berechnung so gemacht zu haben: wie er, wenn herkömmlich und ordnungsmässig die deductio vorgenommen wäre, aus dem darauf folgenden Besitzstreit nicht als Sieger hervorgegangen sein würde, und nur durch rechtswidrige Gewalt den Caecina mit seinen Freunden in die Flucht geschlagen habe, ebenso werde er auch jetzt, wenn er seine Vertheidigung nach der Weise und Sitte aller Anderen führe, nicht zum Ziel gelangen; wenn er aber vom Herkommen und von

55) Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV. S. 127 ff. S. 211 ff.

der Sitte abweiche, so werde er, je frecher er auftrete, desto vollständiger siegen [56]).

Aus den Worten: si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset scheint mir nun aber unzweideutig hervorzugehen, dass die deductio oder vis ex conventu die Einleitung zum interdictum uti possidetis zwischen Caecina und Aebutius sein sollte. Keller [57]), welcher bei Aufwerfung der Frage, ob die deductio als Vorbereitung zu einem Interdict gedient habe, sehr richtig bemerkt, dass dafür jene Worte angezogen werden müssten, findet sich dann aber mit denselben sehr kurz ab. Es soll nach ihm gar keine Nothwendigkeit vorhanden sein, in diesen Worten einen Gegensatz des

---

56) In sprachlicher Beziehung hat die Stelle einzelnes Bedenkliche. Vgl. Keller, Semestr. L. II. p. 436. Note 8, u. Rumpf, Observationes in Ciceronis orat. pro Caecina loca quaedam difficiliora. Gissae 1810. 4. Statt des quoniam der meisten Ausgaben finden sich auch die Lesarten: quom, cum, quomodo. Die letzte scheint mir am besten zu dem Zusammenhange der Stelle, dem ich übrigens nicht mit Keller Inconcinnität vorwerfen möchte, zu passen. Auch bei den anderen Lesarten bleibt der Sinn im Wesentlichen ganz derselbe. Die im Text gegebene Erklärung stimmt überein mit Rumpf l. c. p. 3—5, welche den Sinn der Stelle so wiedergiebt: Aebutius forsitan arbitratus est: quoniam possessionem retinere non potuisset, si vim moribus fecisset; se nunc quoque in iudicio inferiorem fore, si caussa more iustitutoque omnium defendatur: quemadmodum autem Caecina profugerit, quia vis contra ius sit facta, ita nunc quoque in iudicio se eo facilius superiorem fore, quo impudentius egerit. Keller hält die Lesart quom für die einzig richtige, dummodo vim temporalem particulae subiicias. Dann entspreche nämlich vortrefflich das am Anfange des anderen Satzgliedes stehende nunc. Bei seiner Uebertragung der Stelle nimmt Keller aber, soviel ich sehe, das cum doch nicht als temporales. Sie lautet a. a. O.: „Wenn er (Aebutius) nicht etwa so gerechnet hat: da er bei ordnungsmässiger Gewalt den Besitz nicht hätte behaupten können, so sei Caecina, weil unrechtliche Gewalt gebraucht worden sei, geflohen; auch jetzt werden wir bei ordentlicher Prozessführung die Oberhand gewinnen; wenn man aber auf aussergewöhnliche Wege komme, so werde er um so eher siegen, je unverschämter er auftrete“. Ueberhaupt treten hier die Gegensätze nicht so klar hervor, wie in der Rumpf'schen Umschreibung.

57) Ztschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 11 S. 297 Anm. 17.



Possessorium mit dem Petitorium zu sehen [58]). Auch in Petitorio handele es sich de possessione retinenda, und der dominirende Gegensatz, sei hier lediglich der zwischen widerrechtlicher und rechtsförmlicher Gewalt. Was den ersten Theil dieser Behauptung anlangt, so glaube ich kaum, dass ein römischer Jurist zugestimmt haben würde, dass es sich im Petitorium de possessione retinenda handle. Ist das nicht ein miscere possessionem et proprietatem, und ist nicht gerade retinere possessionem der Ausdruck für die Behauptung eines gegenwärtigen, vom Gegner angefochtenen Besitzes? Dass Cicero den Ausdruck nicht mit juristischer Genauigkeit gebraucht habe, lässt sich nicht annehmen, zumal er gerade in dieser Rede jene Begriffe sehr gut auseinander hält [59]). Höchstens könnte man sagen, es handle sich für den Beklagten im Petitorio de possessione retinenda, aber es heisst in unserer Stelle: superior in possessione retinenda non fuisset, welcher Ausdruck darauf hindeutet, dass bei dem durch die deductio vorbereiteten Verfahren das Ziel beider Parteien das retinere possessionem gewesen sein würde. Gerade vom Kläger kann man aber bei der Eigenthumsklage gewiss nicht sagen, sein Ziel sei das retinere possessionem. Es ist eine bekannte Thatsache, dass gerade die Ausdrücke superiorem, potiorem esse mit verschiedenem Zusatze für den Ausgang eines Besitzprozesses in der römischen Rechtssprache technische geworden sind. Es wird dadurch auch die Duplicität des Besitzstreites, bei dem alteruter se magis possidere affirmat, gut bezeichnet. Die Stellen, welche mir zum Beweise dieses Sprachgebrauchs zur Hand sind, und die sich gewiss noch leicht vermehren lassen würden, sind folgende:

---

58) Zustimmung hat Keller in diesem Punkte bei Witte a. a. O. S. 35, 36 gefunden.

59) c. 36: — in iudicium non venire, utrum Caecina possederit, necne: tamen doceri, possedisse: multo etiam minus quaeri, A. Caecinae fundus sit, necne: me tamen id ipsum docuisse, fundum esse Caecinae. c. 27: In hac ipsa causa — si hoc nos non obtinebimus, vi armatis hominibus deiectum esse eum —: Caecina rem non amittet, quam ipsam animo forti, si tempus ita ferret, amitteret: in possessionem in praesentia non restituetur: nihil amplius.

L. 1. § 1. D. uti possidetis (43, 17):

Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem Praetor in soli possessione habebat.

L. 3. pr. § 7. eod.:

— Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto —

— dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis —

L. 34. § 4. D. de contrahenda empt. (18, 1):

Rei suae emptio tunc valet, quum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, ut in iudicio possessionis potior esset[60]).

L. 11. § 13. D. de actionibus empt. (19, 1):

Idem Neratius ait, venditorem in re tradendad ebere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit; sed Iulianus libro quinto decimo Digestorum probat, nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit.

Gai. IV. § 150.:

Et si quidem de fundo — interdicitur, eum potiorem esse Praetor iubet, qui —, si vero de re mobili, tunc eum potiorem esse iubet —

§ 152:

— itaque si tu verbi gratia anni mensibus possederis prioribus V, et ego VII posterioribus, ego potior ero quantitate mensium possessionis —

Paull. rec. sent. V. 6. § 1:

— Et in priore quidem is potior est, qui redditi interdicti tempore — possidet: in altero vero potior est, qui maiore parte anni — possedit.

60) Diese Stelle, sowie auch L. 11 § 13 D. 19, 1 beziehen sich offenbar auf die im iustinianischen Recht nicht mehr vorkommende accessio possessionis beim interdictum utrubi. Ich habe beide in meiner Preisschrift: Iuris romani principia de accessionibus possessionum *rel.* Gottingae MDCCCLVIII p. 6. bei der Aufzählung der von den accessiones possessionum handelnden Quellenstellen übersehen.

Plaut. Stich. V. 4, 14:

Uter amicam utrubi adcumbamus? Abi tu sane superior.

Liv. 40, 17:

Carthaginienses — repetebant, Massinissa paterni regni agrum se et recepisse et habere iure gentium aiebat et caussa et possessione superiorem esse. Legati possessionis ius non mutarunt, causam integram Romam ad senatum reiecerunt.[61])

Auch der zweite Einwand Keller's, dass in der Ciceronianischen Stelle der dominirende Gegensatz lediglich der zwischen widerrechtlicher und rechtsförmlicher Gewalt sei, trifft m. E. nicht. Allerdings wird in der Stelle ein Gegensatz zwischen wirklicher Gewalt und rechtlichem Verfahren, dem eine symbolische Gewalt vorausgeht, gemacht; aber dieser Gegensatz wird erst scharf, wenn man annimmt, dass dem Redner ein und dasselbe als Object beiderlei Verfahrens vorschwebt. Keller denkt sich als Object des rechtlichen Verfahrens das Eigenthum: dieses konnte aber nicht das Ziel des anderen Verfahrens, der wirklichen Gewaltthätigkeit sein. Wohl aber kann man durch Gewalt eine possessio behaupten oder erlangen, wenn auch im letzteren Falle nur eine iniusta.[62])

Es finden sich jedoch, auch abgesehen von der bisher betrachteten Stelle, noch mehre andere Aeusserungen des Redners, aus denen hervorgeht, dass es sich zunächst zwischen dem Caecina und Aebutius nicht um einen Eigenthums-, sondern um einen Besitzstreit handelte. Ich denke hier nicht an jede Stelle, wo der Redner sagt, dass sein Client besessen habe, denn mehrfach thut er dies im Interesse seiner jetzigen Vertheidigung. Vielmehr meine ich folgende:

---

61) Diese interessante Stelle ist uns desshalb um so wichtiger, weil darin das causa superiorem esse ausdrücklich von dem possessione superiorem esse unterschieden wird.

62) Dass Cicero sich den Gegensatz so, wie im Text angegeben ist, dachte, scheint auch aus einer kurz vorher von ihm gemachten Aeusserung hervorzugehen: Verum et illud considerati hominis esse putavit (Caecina), qua de re iure decertari oporteret, armis non contendere: et hoc constantis, quicum vi et armis certare noluisset, eum iure iudicioque superare.

Indem Cicero in cap. 1. die Frage erörtern will, welche Rechtsmittel dem Caecina wegen der begangenen Gewaltthätigkeit zuständen, beginnt er mit den Worten:

Quaero, sitne aliqua huius rei actio, an nulla. Convocari homines propter possessionis controversiam non oportet: armari multitudinem, iuris retinendi causa, non convenit.

Er tadelt also den Aebutius wegen der Mittel, die er zur Durchführung seiner angeblichen Ansprüche angewandt habe; er habe wegen der possessionis controversia, die zwischen ihm und Caecina entstanden war, nicht homines convocare dürfen.

Ferner heisst es im c. 14:

Quid ais? cum de possessionis controversia et de privatorum hominum contentione iuris loquamur, tu vim negabis esse factam, si caedes et occisio facta non erit. Cäcina war nämlich mit seinen Begleitern, die als Zeugen bei der deductio zugegen sein sollten, schliesslich vor der drohenden Gewalt geflohen. In Bezug darauf richtet Cicero an seinen Gegner die Frage, ob er im Ernst behaupten könne, dass bei einem Besitzstreit zwischen zwei Leuten nur dann eine vis stattgefunden habe, wenn es bis zu Mord und Todschlag gekommen sei. Auch hier also wird unmittelbar nur eine possessionis controversia zwischen Aebutius und Caecina vorausgesetzt.

Zu demselben Resultat werden wir durch die nun folgende Erörterung Cicero's geführt. Er führt aus, dass nicht die vis allein in Betracht komme, quae ad corpus nostrum vitamque pervenit, sondern noch vielmehr die, quae, periculo mortis iniecto, formidine animum perterritum loco saepe, et certo de statu demovet. Er selbst definirt im c. 16. die vis so: omnis enim vis est, quae periculo aut decedere nos alicunde cogit, aut prohibet accedere. Er warnt nun die Richter, dass sie nicht einen falschen Begriff von vis annehmen sollten:

... videte, ne hoc statuatis, qui vivus decesserit, ei vim non esse factam: ne hoc omnibus in possessionum controversiis praescribatis, ut confligendum sibi, et armis decertandum putent *rel.*

Der Sieg des Aebutius, fürchtet Cicero, werde für Alle, zwischen denen in Zukunft etwa eine possessionis controversia entstehe, eine Anweisung sein, nicht dem Beispiele des Caecina

zu folgen, sondern nöthigenfalls ihre Ansprüche mit bewaffneter Hand durchzuführen.

Immer also ist es eine possessionis controversia zwischen dem Aebutius und Caecina, welche dem Redner vorschwebt. Diese Annahme wird noch durch das Folgende bestärkt. Wenn Ihr euch an den richtigen Begriff der vis haltet, sagt Cicero zu den Recuperatoren, non modo non erit, cur depugnare quisquam posthac, possessionis causa, velit: sed ne illud quidem, cur repugnare. Sin autem vim sine caede — — nullam intelligetis: statuetis, homines possessionis cupidiores, quam vitae esse oportere.

Im 27. Kapitel kommt der Redner noch einmal darauf zurück, ein wie folgenschweres Präjudiz es sein werde, wenn Aebutius nicht verurtheilt werde:

— vestra auctoritate hoc constituetur, hoc praescribetur: quicum tu posthac de possessione contendes, eum si ingressum modo deieceris, in praedium restituas oportebit: sin autem ingredienti cum armata multitudine obvius fueris, et ita venientem repuleris —: non restitues.

Braucht es wohl deutlicher gesagt zu werden, dass es ein de possessione contendere war, um das es sich zwischen dem Caecina und Aebutius zunächst handelte, und zu dessen Behuf dieser eben sich gewaltsamer Mittel bediente?

Endlich ergiebt sich dasselbe Resultat aus den Worten Cicero's c. 32, in denen eine unverkennbare Anspielung auf die deductio quae moribus fit enthalten ist:

> hunc vero, qui ab iure, officio, bonis moribus ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa, destitutumque videtis: ut, qui armatus de possessione contendisset, inermis plane de sponsione certaret.

Können denn nun die Juristen, welche behaupten, die deductio bereite einen Eigenthumsprozess vor, für diese Ansicht nicht auch bestätigende Aeusserungen Cicero's anführen? Savigny behauptet es; in der Rede pro Caec. c. 7. sei ganz deutlich gesagt, dass die deductio zum Behuf der rei vindicatio verabredet worden sei, nämlich in den Worten: denuntiat (Aebutius), fundum illum — suum esse — Cum hoc novae litis genus tam malitiose intenderet, placuit Caecinae, ut *rel.* Um zu zeigen,

dass das novae litis genus ein anderes, als das von Savigny angenommene war, müssen wir den Zweck jener denunciatio des Aebutius darzulegen suchen, und zu diesem Behuf etwas näher auf das Rechtsverhältniss bezüglich des fraglichen fundus eingehen. Es wird sich daraus, wenn wir nicht irren, ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung der deductio ergeben.

Der Caesennia, der späteren Frau des Caecina, war durch Vermächtniss ihres ersten Mannes, welcher seinen mit ihr gezeugten Sohn zum Erben eingesetzt hatte, ein ususfructus omnium bonorum zur Hälfte neben diesem Sohne vermacht worden (ut frueretur una cum filio). Nach dem baldigen Ableben dieses Sohnes wird zum Behuf des Erbtheilungsverfahrens eine auctio hereditaria veranstaltet, und Caesennia ertheilt dem Aebutius, welcher auch sonst Geschäfte für sie besorgt hatte, den Auftrag, ein ihr bequem liegendes Grundstück, an welchem sie schon vermöge des Vermächtnisses ihres verstorbenen Mannes das Mitniessbrauchsrecht hatte, für sie zu kaufen. Aebutius ersteht das Grundstück, und es wird ihm zugesprochen, er verspricht auch dem argentarius den Kaufpreis dafür (fundus addicitur Aebutio: pecuniam argentario promittit Aebutius — quasi vero — nos ei negemus addictum). In den tabulae des argentarius wurde die Forderung des Kaufpreises und die Tilgung derselben auf des Aebutius Namen eingetragen. Ihm wird also auch der Besitz des Grundstücks abgetreten sein. Dass er denselben an die Caesennia abgetreten habe, behauptet Cicero selbst nicht. Er beruft sich nur darauf, dass Niemand gezweifelt habe, Aebutius kaufe den fundus für die Caesennia, und dass der Kaufpreis mit ihren Geldern gezahlt worden sei. Sodann behauptet er, die Caesennia habe seit der Zeit jenes Verkaufs, so lange sie noch gelebt, vier Jahre hindurch, den fundus unbestritten besessen und verpachtet. Aebutius behauptet nun, dieser Besitz sei kein juristischer, sondern nur eine Detention auf Grund ihres Mitniessbrauchsrechts gewesen [63]). Nach der Caesennia Tode entstehen zwischen

63) Cicero erwähnt später im c. 32. nur den ususfructus der Caesennia als causa ihres Besitzes (Caesenniam possedisse propter usumfructum non negas). Aber die Behauptung, dass diese auf Grund ihres usus fructus



Caecina, ihrem zweiten Manne, und dem Aebutius verschiedene Prozesse. Als Cicero nun davon spricht, dass Aebutius Anlass zu allen

---

einen juristischen Besitz des betreffenden fundus gehabt habe, ist so wenig stichhaltig, wie die übrigen Argumente, welche er vorbringt, um zu beweisen, dass Caecina vor der ihm widerfahrenen Vergewaltigung besessen habe. Keller (Semestr. II, 343—350) freilich stützt darauf seine Ansicht, dass man zur Zeit des Cicero dem Usufructuar eine wahre possessio der Sache neben dem Eigenthümer zugeschrieben, und die gewöhnlichen possessorischen Interdicte zum Schutze desselben gegeben habe, und darin sind ihm z. B. sein Recensent Schmidt (Richter's krit. Jahrbücher 8. Jahrgang 16. Bd. S. 697 ff.) u. Rudorff, (Ztschr. 11 S. 346) gefolgt. Erst später habe man die Annahme einer corporis possessio Beider, des Proprietars und des Usufructuars, aufgegeben, und zunächst dem Usufructuar eine quasi possessio der Sache zugeschrieben, schliesslich aber nach noch feinerer Ausbildung der Begriffe nur eine iuris possessio. Meiner Ueberzeugung nach hat man dem Usufructuar nie eine corporis possessio zugeschrieben. Es ist hier nicht der Ort, Keller's ganzer Argumentation zu folgen. Desshalb möge hier nur das Wichtigste Platz finden. Es ist bekannt, dass, während ursprünglich der Begriff der possessio nicht auf die Ausübung eines Rechts angewandt wurde, man später doch die letztere wegen ihrer Aehnlichkeit mit dem Besitze als iuris quasi possessio, ja geradezu als iuris possessio bezeichnete. Auch die Bezeichnung quasi possessio schlechthin kommt vor, wobei aber in Gedanken iuris zu ergänzen ist. Von einer corporis oder rei quasi possessio wissen die Quellen nichts. Vergl. Böcking, Pandekten des röm. Privatr. Bd. I. § 123 Anm. 26 und den Text dazu, § 126 Anm. 1 u. 2. A. Schmidt in Bekker's und Muther's Jahrbuch Bd. III. S. 253 ff. S. 279 ff. — Der entscheidendste Beweis gegen die Ansicht Keller's liegt aber in den Interdictsformularen selbst. Dem Usufructuar wurden die Interdicte uti possidetis und unde vi nicht in ihrer gewöhnlichen Formulirung, sondern als interdicta utilia gegeben. Das ergiebt sich für beide aus Fr. Vat. § 91, für das interdictum de vi aus Fr. Vat. § 92 und aus L. 27 D. de donat. Ebenso redet Ulpian in L. 13. § 13—18. D. unde vi von dem utile interdictum de vi. Rudorff sucht das auf folgende Weise mit der von ihm adoptirten Kellerschen Ansicht in Einklang zu bringen: Nachdem die frühere rohere Anschauung, welche auch dem Usufructuar eine corporis possessio zugeschrieben, abgekommen sei, hätten Manche auch gegen die Anwendung der zum Schutz der corporis possessio bestimmten Interdicte Einspruch erhoben, und um solchen Chicanen zu begegnen, habe der Prätor eben neue Interdicte aufgestellt. Der Begriff der actiones utiles oder der interdicta utilia besteht doch aber darin, dass ein herkömmliches, im Edict proponirtes Formular durch irgend welche darin vorgenommene Veränderung über die ursprünglichen Gränzen hinaus auf einen verwand-

möglichen Streitigkeiten gesucht habe, erwähnt er auch jene Denu c iation, auf welche sich Savigny beruft. Aebutius denuncirte dem Caecina, dass jener oben erwähnte fundus sein sei, und dass er ihn für sich gekauft habe. Worauf es ihm bei dieser Denunciation ankam, wollen wir jetzt untersuchen.

Der Gebrauch der Denunciationen war bekanntlich bei den Römern ein sehr häufiger. Nach den in den Quellen vorkommenden Fällen der Anwendung besteht der Zweck bei fast allen darin, dem Denuncianten einen rechtlichen Vortheil möglicher Weise zu erwerben, oder einen wenigstens möglichen Nachtheil von ihm abzuwenden. Es kann ja in vielen rechtlichen Verhältnissen für Jemanden von Interesse sein, dass ein Anderer etwas weiss oder erfährt.[64]) So kommt z. B. eine Denunciation auch in folgender Anwendung vor. Wenn Jemand bezüglich einer Sache, die ich besitze, seinerseits Besitzhandlungen vornimmt, so kann er das möglicher Weise gar nicht in der Absicht thun, um mir possessionis controversiam zu machen, sondern nur, weil

---

ten Thatbestand ausgedehnt wird. In unserem Falle dagegen würde nach Rudorff ein Formular durch eine Modification für einen Fall brauchbar gemacht sein, der nach der früheren Auffassung schon unter der ursprünglichen Fassung mitbegriffen war, eine Anomalie, für welche sich schwerlich weitere Beispiele beibringen lassen werden.

Das interdictum quod legatorum war nicht als utile für den Fall der Anwendung gegen einen Usufructuar proponirt. Venuleius befürwortet die Ertheilung des Interdicts mit einem es diesem Falle anpassenden Zusatze (Fr. Vat. § 90), Ulpian dagegen soll nach Rudorff's Meinung die Anwendung des gewöhnlichen Formular's, welches nur vom possidere sprach, auch auf den Fall des Usufructuar's empfohlen haben. L. 1. § 8. D. quod legatorum (43, 3.) Ist Rudorff's Ansicht richtig, so müssen wir fragen: Würde sich Ulpian wohl so bescheiden und vorsichtig ausgedrückt (potest tamen defendi, competere interdictum), und nicht einfach gegen die Neuerer als Gegengründe den Sinn, in welchem das gewöhnliche Formular früher proponirt worden, und die bisherige Praxis angeführt haben?

64) Vergl. Asverus, die Denunciation der Römer § 8 S. 68 ff. Keller, Semestr. L. II. p. 355: Denunciandi occasio multiplex totidemque causae quot genera rerum, quas scire alter alterum velle potuerit. Hoc autem in quotidianis negotiis, ubi ius civile spectant, homines suae magis quam alienae utilitatis causa velle solent; nam in multis iuris caussarumque figuris alteri prodest, alterum scire aliquid aut scivisse, deteriorque est condicio eius qui scivit quam qui ignoravit.



er in Unkenntniss meines Besitzes ist. Gegen ihn ein Besitzinterdict anzustellen, ist mir noch keine Gelegenheit gegeben: wenigstens ist es nicht glaublich, dass der Prätor sofort gegen Jemanden, der meinen Besitz gar nicht anfechten will, ein Interdict erlassen haben sollte. Vielleicht hat auch nicht er selbst die meinen Besitz verletzenden Handlungen vorgenommen, sondern der, von dem er sein Recht ableitet. So hat im Fall der L. 3. § 4. uti possid. der Vorbesitzer des B Reben, die in dem Grundstück des A wurzeln, nach den in dem seinigen wurzelnden Bäumen hinübergezogen. Der B weiss von dem ganzen Sachverhältniss nichts. Nach der Entscheidung des Labeo und Pomponius hat ihn desshalb zuvor der A von seinem Besitzrecht und der Verletzung desselben in Kenntniss zu setzen, und kann dann auf Grund desselben den geschehenen Eingriff aufheben, indem er entweder die Reben abschneidet, oder sie wieder nach seinem Grundstück herüberzieht. Nach der Denunciation bleibt nämlich dem B nur die Alternative, bezüglich des locus, quo radices continentur vitium, das interdictum uti possidetis anzustellen, oder das Abschneiden resp. das Herüberziehen der Reben gewaltsam zu verhindern. Im letzteren Falle würde er vim facere, quominus alter possideat; denn er kann sich nun nicht mehr auf Unkenntniss der Verhältnisse berufen. Es ist vielmehr jetzt sein Wille klar, den A in seinem Besitze zu stören, und es ist diesem jetzt Veranlassung gegeben, das Interdict auszuwirken.

Zu ganz ähnlichem Zwecke, denke ich, hat Aebutius von der Denunciation dem Caecina gegenüber Gebrauch gemacht. Der Auftrag zum Ankauf des streitigen Grundstücks und der Kauf selbst ist nach Cicero's Darstellung vor der Verheirathung der Caesennia mit dem Caecina geschehen.[65] Caecina durfte sich also sehr wohl in Unwissenheit darüber befinden, dass der fundus damals dem Aebutius addicirt und übergeben worden war, und konnte möglicher Weise daraus, dass die Caesennia das Grundstück detinirte und es verpachtet hatte, falsche

65) c. 6: Cum omnia ita facta essent, quemadmodum nos defendimus, Caesennia fundum possedit locavitque: neque ita multo post A. Caecinae nupsit.

Schlüsse ziehen. Vielleicht hatte er auch schon auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben, dass er sich als den Eigenthümer und Besitzer betrachtete.[66]). Desshalb denuncirt ihm Aebutius, dass er damals, bei Gelegenheit jener Auction, den fundus Fulcinianus auf seinen eignen Namen gekauft habe, und dass dieser fundus also in seinem Eigenthum und Besitz sei, natürlich in der Absicht, damit Caecina, von der Sachlage nun unterrichtet, sich für die Zukunft aller unbefugten Besitzhandlungen enthalten möge. Später wiederholt sich diese Denunciation noch einmal, aber offenbar zu demselben juristischen Zwecke. Als nämlich, wie Cicero c. 7. erzählt, Caecina mit einigen Freunden zur Vollziehung der verabredeten deductio in castellum Axiam gekommen war, um von dort sich nach dem streitigen Grundstücke zu begeben, kommt Aebutius und denuncirt dem Caecina, dass er Besitzer sei, und den Caecina, falls dieser sich selbst als Besitzer geriren und das Grundstück betreten wolle, nöthigenfalls mit Waffengewalt zurückschlagen werde. Nach erfolgter Denunciation war nun Caecina in eine ähnliche Lage versetzt, wie der Nachbar im Fall der vorher erörterten L. 3. D. uti possid. (43, 17.) Entweder musste er jetzt dennoch Besitzhandlungen vornehmen, und setzte sich so gewaltsamer Austreibung durch den Aebutius aus, oder er musste versuchen, im Wege Rechtens seine Ansprüche durchzuführen. So beschliesst er denn, sich durch das interdictum uti possidetis wo möglich für den zukünftigen Eigenthumsprocess die vortheilhaftere Beklagtenrolle zu sichern,[67]) und zu diesem Behuf den Aebutius zur deductio quae moribus fit aufzufordern. Ist in der bisherigen Auseinandersetzung der Zweck der denunciatio des Aebutius und das Wesen der deductio richtig aufgefasst worden, so wird auch begreiflicher, wie

66) c. 32: Deinde ipse Caecina, cum circuiret praedia, venit in istum fundum; rationes a colono accepit. sunt in eam rem testimonia.

67) Darin bestand wahrscheinlich der Rath, welcher dem Caecina von seinen Freunden, namentlich dem Juristen C. Aquillius gegeben wurde. Vergl. c. 7: Cum hoc novae litis genus tam malitiose intenderet, placuit Caecinae, de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur *rel.*

c. 32. i. f.: Ipse porro Caecina cur se moribus deduci volebat: idque tibi de amicorum, etiam de ipsius Aquillii sententia responderat,

Cicero, um wahrscheinlich zu machen, dass Caecina vor seiner gewaltsamen Vertreibung den fundus Fulcinianus besessen, sich auf jene Denunciation des Aebutius und die von Caecina ausgehende Aufforderung zur Vornahme der deductio berufen konnte. Windige Argumente bleiben es immer. Dass der Redner sich auf jene Umstände als wirkliche Beweise beruft, braucht man nicht anzunehmen: er will nur erreichen, dass den Richtern eine praesumtio hominis für seinen Clienten zu sprechen scheint, indem er auf die früheren fautischen Besitzhandlungen des Caecina, welche Aebutius durch seine denunciatio selbst anerkannt habe, hinweist und zugleich geltend macht, wie bereitwillig Caecina, im Vertrauen auf seine gute Sache, sofort gewesen sei, seine Ansprüche im Wege Rechtens zum Austrage zu bringen.

Einen ganz anderen Zweck, als den im Vorstehenden angegebenen, schreibt Keller in seiner ausgezeichneten Erörterung der der oratio pro Caecina zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse jener denunciatio zu.[68]) Er geht von der Voraussetzung aus, Caecina, nicht Aebutius, habe die in c. 7. erwähnte actio familiae erciscundae angestellt.[69]) An der Stelle nämlich, wo Cicero von den verschiedenen Streitigkeiten zwischen Aebutius und Caecina spricht, lautet der überlieferte Text unserer Rede folgender Massen:

Iste autem hac sextula se ansam retinere omnium controversiarum putat. — Iam principio ausus est dicere non posse heredem esse Caesenniae Caecinam, quod is deteriore iure esset quam ceteri cives propter incommodum Volaterranorum calamitatemque civilem. Itaque homo timidus imperitusque, qui neque animi neque consilii satis haberet: non putavit esse tanti hereditatem, ut de civitate in dubium veniret: concessit, credo, Aebutio, quantum vellet, de Caesenniae bonis ut haberet. Immo, ut viro forti ac sapienti dignum fuit, ita calumniam stultitiamque eius obtrivit ac contudit. § 19. In possessione bonorum cum esset et cum ipse sextulam suam nimium exaggeraret, nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit. Atque illis paucis diebus, posteaquam videt, nihil se ab A. Caecina posse litium

68) Semestr. L. II. p. 359 sqq.
69) l. c. p. 277 sqq.

terrore abradere, homini Romae in foro denuntiat fundum illum — suum esse seque sibi emisse.

Da im § 19. das vorhergehende obtrivit ac contudit sich auf den Caecina bezieht, so haben viele Herausgeber es anstössig gefunden, dass durch die folgenden Worte: In possessione bonorum cum esset *rel.* ohne Hinzufügung irgend eines Hauptworts oder Pronomens wieder auf ein anderes Subject, nämlich die Person des Aebutius, übergegangen werde. Keller entscheidet sich für die Conjectur von Schütz, welcher für ipse iste setzt, so dass nun die Worte: In possessione bonorum cum esset — nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit sich nicht auf Aebutius, sondern auf Caecina beziehen.[70] Keller's ganzes Bestreben geht nun dahin, durch eine Beleuchtung der zwischen Caecina und Aebutius obschwebenden rechtlichen Verhältnisse den von Schütz emendirten Text als den einzig möglichen zu beweisen. Sein Raisonnement ist folgendes. Da Aebutius noch in diesem selben Prozesse dem Caecina, weil er ein Volaterraner sei, sein Miterbrecht bestreitet, so kann er die actio familiae erciscundae nicht angestellt haben, denn er würde dadurch Caecina unzweideutig als Miterben anerkannt haben. Dieser Satz, sagt Keller, ist den heutigen Juristen nicht mehr zweifelhaft, und folgt aus allen den Stellen der Rechtsquellen,

70) Um den nächsten Satz, in welchem zweifellos Aebutius das Subject ist, mit dem vorigen in Einklang zu bringen, sieht sich Schütz zu einer zweiten Veränderung genöthigt, und liest statt „Atque illis paucis diebus: Atque iste paucis diebus. Keller billigt auch diese letzte Conjectur, aber zweifelnder, indem er daneben die Vermuthung äussert, es möchten vielleicht zwischen den Worten postulavit und atque einige Worte durch Schuld der Abschreiber ausgefallen sein. Aber ein solcher Ablativ der Zeit mit hinzugefügtem Pronomen hic oder ille, um zu bezeichnen: im Verlaufe einer so langen Zeit von jetzt oder damals an ist gut lateinisch, und giebt, wie auch Keller l. c. Note 26 einräumt, einen sehr guten Sinn. Vergl. Madvig Lateinische Sprachlehre 2. Ausgabe § 276 Anm. 5. Cic. in Verr. act. I, 6, 17. IV, 18, 19, 48, 140. pro Tullio § 8. R. P. I, 37. Somn. Scip. 2. Auch Schmidt in seiner Recension des Kellerschen Werks S. 707, 708 erklärt sich für Beibehaltung des illis p. d. und will etwa lesen atque illis iste p. d. oder atque illis is p. d., oder das atque in iste verwandeln. Allein dieses atque ist zur stärkeren Hervorhebung des Folgenden unentbehrlich.



in denen ausgesprochen wird, dass ein iudicium familiae erciscundae nur unter wirklichen Miterben möglich sei. In der widersprechenden L. 33 D. famil. ercisc. muss man das non, welches auch in den Basiliken fehlt, streichen. Auf den Caecina dagegen bezogen, bekommen die Worte: nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit einen guten Sinn. Indem dieser mit der actio familiae erciscundae hervortritt, und sich dadurch bereit erklärt, nöthigenfalls sein Erbrecht zu beweisen, zeigt er, dass er sich vor den Drohungen des Aebutius nicht fürchtet. Um dem Caecina möglichst viele Verlegenheiten zu bereiten, befolgt Aebutius jetzt folgendes Manöver. Nach mehren Aussprüchen römischer Juristen wird eine Sache, welche die eine Partei als zur Erbschaft gehörig mit zur Theilung bringen will, die Gegenpartei aber auf Grund eines anderen Titels für sich allein in Anspruch nimmt, von dem Erbtheilungsverfahren ausgeschlossen, aber nach Keller's Meinung nur, wenn der, welcher nur ein Miteigenthum daran behauptet, die Sache nicht besitzt. Er muss dann erst sein Recht mit einer in rem actio geltend machen, ähnlich wie der, welcher seine Erbschaftsquote nicht besitzt, wenn er das iudicium familiae erciscundae anstellen will, durch die exceptio si in ea re praeiudicium hereditati non fiat zurückgeschlagen werden kann. Nun aber war Aebutius Besitzer des fundus Fulcinianus. Er denuncirt dem Caecina fundum suum esse seque sibi emisse, um ihm seine Absicht kund zu thun, dass er bezüglich jenes fundus das iudicium familiae erciscundae nicht annehmen werde. So sieht sich Caecina in die Nothwendigkeit versetzt, die Erbtheilungsklage bis zur Durchführung der in rem actio bezüglich des fundus ruhen zu lassen, denn sie kann nur einmal angestellt werden, und wenn auch Ulpian und Paullus sagen, nach dem familiae erciscundae iudicium sei immer noch ein communi dividundo iudicium bezüglich einzelner ungetheilt gebliebener Sachen möglich, so ist es sehr zweifelhaft, ob dasselbe schon zu Cicero's Zeit gegolten hat. Dem Einwande endlich, dass Aebutius schlauer gehandelt haben würde, wenn er den Caecina ruhig seine Erbtheilungsklage habe anstellen lassen, beugt Keller durch den Hinweis vor, dass Aebutius die denunciatio nur in eignem Interesse vorgenommen, indem er sich dadurch vor dem Vorwurf des dolus

bewahrt und dem Caecina die Möglichkeit benommen, wegen seiner ignorantia auf eine ausserordentliche Hülfe von Seiten des Magistrats Anspruch zu erheben.[71])

Bei unserem Versuche, diese kunstvolle und sinnreiche Deduction als eine dennoch unhaltbare zu zeigen, werden wir derselben Schritt vor Schritt folgen. Vor Allem ist der Satz, dass der, welcher die actio familiae erciscundae anstelle, das Miterbrecht seines Gegners eingestehe, durchaus nicht zuzugeben.[72]) Aus den Quellenstellen, in welchen gesagt ist, dass ein iudicium familiae erciscundae nur unter wirklichen Miterben stattfinden könne, folgt nur, dass die in der Voraussetzung des Miterbrechts des Gegners erfolgenden Condemnationen und Adjudicationen nichtig sind, weil der iudex über das Miterbrecht, welches allerdings Voraussetzung einer gültigen Erbtheilung ist, gar nicht erkannt hat. Das ist auch unzweideutig in der L. 36. D. fam. erc. (10, 2) ausgesprochen: — Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficit, quod quis se putat condemnatum. — Eine hereditatis petitio gegen den, welcher bisher

71) Was Keller l. c. p. 362 sqq. über noch weitere Vortheile, welche Aebutius durch seine denunciatio erreicht, vermuthet, bezeichnet er selbst als incertiora.

72) Vergl. dagegen namentlich Böcking, Grdriss d. Pandekt. 5. Aufl. III. B. 2. Kap. § 109 Anm. 5. Brinz, Pandekten II. S. 713. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten § 514, 4 und die dort zuletzt citirten. Uebrigens ist Cuiac. Obss. IX, 36 nicht, wie Keller l. c. p. 286 Note 12 annimmt, der Meinung, dass die L. 57. ihre jetzige Gestalt erst durch die Compilatoren erhalten. Er sieht in dem Anstellen der actio familiae ererciscundae kein Eingeständniss, dass der Gegner Miterbe sei, und nimmt nicht etwa bloss eine Anfechtbarkeit dieses Geständnisses wegen Irrthum an. Er sagt nur, der Ausspruch der L. 37 scheine unrichtig zu sein (haec sententia videtur falsa), und geht zuerst die rationes dubitandi durch, dann aber fährt er fort: Sed deest (sc. in Basilicis), ut arbitror, negatio: quandoquidem ita recte accipi ea Scaevolae sententia potest, ut etiamsi familiae erciscundae agatur, quasi in coheredem, tamen non omnino fateatur actor adversarium coheredem esse, quin sit ei integrum adversus eumdem agere petitionehereditatis: sicut is, qui exceptione utitur, non utique fatetur statim de intentione actoris, quinimmo ad inficias prorsus ire potest *rel.*

als coheres vorausgesetzt wurde, ist also nicht nur nach Anstellung des familiae erciscundae iudicium, sondern selbst nach erfolgtem Urtheile möglich. Damit fällt aber die Grundlage der ganzen Deduction Keller's. Aber auch die weiteren Voraussetzungen, welche er macht, um die Grundlage für den von ihm behaupteten Zweck der denunciatio zu gewinnen, sind m. E. irrig. Wenn der Eine der Miterben eine Sache, welche der Gegner auf Grund eines anderen Titels für sich allein in Anspruch nimmt, mit zur Theilung bringen will, so soll nach des Pomponius ganz allgemein gehaltenem Ausspruch in L. 45 pr. D. fam. ercisc. die Sache von dem Erbtheilungsverfahren ausgeschlossen werden, ohne dass dabei unterschieden würde, ob der die Sache für sich allein in Anspruch Nehmende dieselbe besitzt oder nicht. Wenn Paullus in L. 25 § 7 eod. nun zufällig bei Erwähnung desselben Satzes ein Beispiel wählt, wo dieser die Sache besitzt, so darf man daraus nicht per argumentum a contrario schliessen, dass er im umgekehrten Falle anderer Meinung sei. Es wird dies noch gewisser dadurch, dass Paullus sich ausdrücklich auf Pomponius bezieht. Auch durch die Verweisung auf den anderen Fall, wo der Besitzer der Erbschaft verlangen kann, dass vor Erhebung der Erbtheilungsklage die hereditatis petitio angestellt werde, wird Keller's Behauptung nicht bewiesen. Hier erfolgt die Abweisung des Klägers vermöge einer exceptio praeiudicialis, während es von unserem Falle in beiden citirten Stellen gleichmässig heisst: id in familiae erciscundae iudicium non venit — in familiae erciscundae iudicium venire negat Pomponius. Die Sache wird hier, ohne dass es dazu eines besonderen Zusatzes in der Formel bedürfte, einfach nicht als Gegenstand des familiae erciscundae iudicium betrachtet: der Theilungsrichter hat sie vermöge seines officium von der Theilung auszuschliessen. Da es sich bei jenem iudicium um die Gesammtheit der Erbschaftssachen handelt, so soll das Verfahren durch solchen Streit um einzelne Sachen, durch welchen der Erbschaft als solcher ganz fern liegende Fragen zur Discussion kommen können, nicht aufgehalten werden

Wenn es ferner wahr wäre, dass die actio communi dividundo bezüglich der einzelnen beim Erbtheilungsverfahren nicht zur Theilung gekommenen Sachen zu Cicero's Zeit noch nicht mög-

lich gewesen sei, so könnten es doch nur künstliche Mittel, etwa eine Präscription oder eine replicatio doli, gewesen sein, wodurch zu Ulpian's und Paullus' Zeiten die Möglichkeit einer solchen actio vorbehalten wäre; denn im Allgemeinen bestand auch damals noch der Grundsatz der Klagenconsumtion in voller Kraft. Nun bezeichnen aber beide Juristen die actio communi dividundo ohne Weiteres als zulässig, namentlich Ulpian in L. 20. § 4. D. fam. ercisc.[73]), während er im Gegensatze dazu hervorhebt, dass das familiae erciscundae iudicium zum zweiten Male nur in Folge einer besonderen causae cognitio angestellt werden könne. So konnten die römischen Juristen füglich entscheiden, ohne dem Princip der prozessualischen Consumtion ungetreu zu werden; denn die Sache, welche in Folge einer Uebereinkunft der Erben oder aus anderen Gründen nicht mit zur Erbtheilung gezogen war, betrachtete man als ipso iure nicht zum Gegenstande jenes iudicium gehörend. Von solchen Sachen sagt Pomponius: Id in familiae erciscundae iudicium non venit. — Der Vortheil, welcher dem Aebutius aus der Denunciation erwuchs, soll darin bestanden haben, dass es dadurch dem Caecina unmöglich gemacht worden sei, sich auf den dolus des Gegners und seine ignorantia zu berufen, und auf Grund derselben etwa eine Restitution der consumirten actio familiae erciscundae zu erlangen. Aber auch, um dies nur herauszubringen, muss Keller zu der ganz unsicheren Vermuthung, dass bis zum Augenblick der denunciatio die angeregte Erbtheilung noch nicht bis zur litis contestatio gediehen war, seine Zuflucht nehmen.[74]

Ich komme jetzt noch einmal auf den Anfang des 7. Kapitels der Oratio pro Caecina zurück. Die neuesten Herausgeber haben die gewöhnliche Lesart der Codices unverändert beibehalten, und m. E. bietet auch der Zusammenhang der Stelle keinen Anlass, von jener wesentlich abzuweichen, vielmehr scheint mir derselbe die Person des Aebutius als Subject

---

73) Familiae erciscundae iudicium amplius, quam semel agi non potest, nisi causa cognita. Quod si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

74) l. c. p. 363, 365.

zu den Worten nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit zu fordern. Cicero will zeigen, dass Aebutius das Erbtheilchen, welches ihm die Caesennia zugewandt hatte, als Handhabe benutzte, um dem Caecina mehre Prozesse anzuhängen[75]). Diese zählt er auf: Iam principio ausus est dicere, non posse heredem esse Caesenniae Caecinam *rel.* Die Erwähnung des zweiten Streites beginnt mit den Worten: In possessione bonorum cum esset *rel.* Der Satz: Itaque homo timidus . . . . . obtrivit ac contudit, dessen Subject allerdings Caecina ist, enthält nur eine beiläufig eingeschobene, zum Faden der ganzen Erörterung nicht gehörige Bemerkung über den Ausgang des ersten Prozesses[76]). Der Faden wird wieder aufgenommen mit den eben citirten Worten. Denkt man sich nun, dass Cicero bei der Aufzählung zwischen den einzelnen Punkten im Sprechen einen Absatz, eine kleine Pause machte, und dass vielleicht auch eine den Uebergang markirende Partikel ausgefallen ist, so hat es nichts Auffälliges, dass Aebutius, der ja nach der voraufgeschickten Bemerkung des Cicero der Anstifter aller der Streitigkeiten, das Subject bei der ganzen Aufzählung ist, in dem fraglichen Satze nicht besonders genannt wird. Nach Keller's Darstellung des Zusammenhangs erscheint das iudicium familiae erciscundae überhaupt als der erste Prozess. Aebutius hatte mit der hereditatis petitio gedroht. Darauf soll Caecina mannhaft mit Erhebung der Erbtheilungsklage geantwortet haben. Nun zeigen aber die gleich folgenden Worte: posteaquam videt nihil se ab A. Caecina posse, litium terrore, abradere, dass im Vorhergehenden schon mehre Prozess-

75) Iste autem hac sextula se ansam retinere omnium controversiarum putat.

76) Keller l. c. p. 279 meint, nach der gewöhnlichen Erklärung der Stelle werde die Erzählung über das Benehmen des Caecina zu abgerissen: Qui enim convenit dicere, Caecinam adversarii calumniam stultitiamque obtrivisse ac contudisse, de iuris vero ratione et, ut ita dicam, de armis, quibus ad eam rem usus sit, penitus tacere? Quasi vero de elephanto agatur, quem pedibus pugnasse nemine docente quivis intellecturus sit! Es kam aber Cicero bei der ganzen eingeschobenen Bemerkung nur darauf an, das Resultat zu constatiren, dass Aebutius mit seinem ersten Angriff nichts erreicht und Caecina denselben mannhaft zurückgeschlagen habe.

versuche des Aebutius erwähnt sein müssen. Die Erwähnung der unmittelbar die Erbschaft betreffenden Streitigkeiten ist damit abgeschlossen. Der nun folgende und letzte Streitpunkt wird ausdrücklich von Cicero als ein novae litis genus bezeichnet: er hängt auch in der That mit den früheren nur insofern zusammen, als in Folge der Behauptung des Aebutius, dass er den fundus Fulcinianus auf Grund eines anderen Titels besitze, derselbe natürlich von dem Erbtheilungsverfahren ausgeschlossen blieb. —

In den uns erhaltenen Bruchstücken der Oratio pro Tullio finden sich, begreiflich genug, nicht so viele Aeusserungen, welche darauf hindeuten, dass die verabredete deductio einen Besitzstreit einleiten sollte, allein sie fehlen doch auch nicht ganz. Die Grundstücke des Tullius und Fabius stossen aneinander. Es entsteht ein Streit zwischen den beiden, ob ein Stück Landes, die centuria populiana, zum Grundstück des Tullius oder Fabius gehöre. Cicero behauptet nun, schon der Vater des Tullius habe die Centurie besessen, und sie habe immer dem M. Tullius gehört: — quae semper M. Tulli fuit, quam etiam pater pos[sederat sine ulla unquam controversia . .] [77]). Diese nachdrückliche Hervorhebung, dass der Vater des Tullius schon die Centurie besessen, deutet darauf hin, dass nicht bloss das Eigenthum daran, sondern auch, und zuvörderst, der Besitz derselben bestritten ward. Noch deutlicher ergiebt sich dies aus dem weiteren Verlaufe der Angelegenheit. Fabius bereute den unvortheilhaften Ankauf seines Grundstücks, welches er in Gemeinschaft mit dem Acerronius gekauft hatte. [78]) Er bietet das Grundstück wieder öffentlich zum Verkauf aus, und sein socius Acerronius lässt sich bereitwillig finden, das Ganze zu

77) Vergl. Huschke Analect. litt. p. 122. Keller, Semestr. p. 664 Note 60 und 61.

78) Mit Recht hebt Huschke l. c. p. 122, 123 hervor, dass, wenn auch eine auf den Kauf bezügliche Societät zwischen Fabius und Acerronius bestand, doch das Grundstück von dem früheren Besitzer, dem Senator Claudius, dem Fabius allein übertragen sein muss. Aus dem Folgenden geht nämlich hervor, dass Acerronius, als er später das Ganze übernahm, noch gar nicht Mitbesitzer war.



übernehmen. In dem öffentlichen Ausgebot hatte nun Fabius [79]) den Umfang eines Grundstücks zu hoch angegeben, und wird darauf von dem Procurator oder dem Villicus seines Nachbarn Tullius angeredet [80]). Fabius antwortet barsch, was ihm gerade in den Sinn kommt. Demnächst erfolgte die finium demonstratio, und bei der Erwähnung dieser hebt nun Cicero ausdrücklich hervor, dass Fabius den Acerronius nicht zum Besitzer der centuria Populiana gemacht habe, eben weil er nach Cicero's Meinung selbst nicht besass: — neque tamen hanc centuriam Populianam vacuam tradidit. Es ist nicht nöthig, mit Huschke [81]) anzunehmen, dass Acerronius die vacua possessio durch die finium demonstratio und Tradition von Seiten des Fabius desshalb nicht erlangt habe, weil der Procurator und der Villicus des Tullius, in deren Abwesenheit jene Acte vorge-

79) Huschke l. c. nimmt an, dass die proscriptio mit vom Acerronius ausgegangen sei, welchem Fabius inzwischen den ihm gebührenden Antheil abgetreten habe, und ergänzt demgemäss die lückenhafte Stelle: . . . . . cum Tullio nunciatur, novos vicinos maiorem, quam ipsorum esset, fundi modum proscripsisse. Vorher wird aber nur der Fabius als der, von dem die proscriptio ausgeht, erwähnt: Ac primum quod eum negoti totius et emptionis suae poenitebat, fundum proscripsit.

80) „Hominem appellat.“ Es bestehen verschiedene Ansichten darüber, wer hier von Cicero als Ansprecher, wer als Angesprochener gemeint ist. Huschke a. a. O. S. 123 nimmt nach Beier an, dass Tullius, welchem die Sache gemeldet sei, den damals in Rom befindlichen Acerronius darauf angeredet habe. Dagegen hat Keller, Semestr. p. 607 wohl mit Recht eingewandt, es sei unwahrscheinlich, dass Acerronius sich zu der Zeit, als er vom Fabius das Grundstück kaufte, in Rom aufgehalten habe. Wenigstens ist er gleich darauf, als die finium demonstratio vor sich geht, in Thyrinum, ohne dass in dem uns Erhaltenen einer Ankunft von Rom Erwähnung geschähe. Keller selbst vermuthet, Acerronius, vom Procurator des Tullius auf den Betrug aufmerksam gemacht, habe seinerseits den Fabius desshalb zur Rede gestellt, und dieser habe unwillig, wie im Gefühl gekränkter Rechtschaffenheit, geantwortet. Allein das liegt schwerlich in den Worten: Iste sane adroganter, quod commodum fuit, respondit. Dass Fabius der Angeredete ist, scheint mir richtig, und passt auf diesen auch das Wort iste, womit Cicero ihn häufig bezeichnet, am besten. Für den Ansprecher halte ich aber den Procurator oder den Villicus des Tullius: einer von diesen redet den Fabius auf die betrügerische proscriptio an, und wird von demselben in anmassender Weise abgefertigt.

81) a. a. O. p. 120.

nommen seien, ihn leicht zurückgeschlagen hätten. Hatte nämlich, wie Cicero behauptet, Tullius wirklich den Besitz jener centuria, so konnte die Tradition des Fabius die beabsichtigte Wirkung nicht haben: es war keine vacuae possessionis traditio, denn durch jene blosse Erklärung, oder auch durch Beschreitung des Grundstücks konnte Tullius den Besitz nicht verlieren. Er hätte denselben erst freiwillig aufgeben, oder deiicirt werden müssen. Aus dem Nachdruck aber, womit Cicero es betont, dass Fabius bei jener finium demonstratio eine vacua possessio der centuria Populiana nicht übertragen habe, geht wieder deutlich genug hervor, dass es zunächst ein Besitzstreit war, welcher zwischen Tullius und Fabius sich entspann.

Nachdem uns bisher die Frage, zu welchem prozessualischen Verfahren die deductio quae moribus fit gehörte, und das Material, was sich für Beantwortung derselben aus den Reden Cicero's pro Caecina und pro Tullio schöpfen lässt, beschäftigt hat, müssen wir noch einmal auf den Zweck, welchen die deductio als eine das interdictum uti possidetis vorbereitende Handlung erfüllen sollte, zurückkommen. Derselbe ist früher schon kurz so formulirt: Es erschien als nothwendig, die gegenseitige Behauptung und Bestreitung des Besitzes, welche zum Erlass des Interdicts Veranlassung gab, in einer demselben vorausgehenden solennen Handlung symbolisch darzustellen. Bekanntlich wird das interdictum uti possidetis, selbst wenn eine factische Besitzstörung weder stattgefunden hat, noch zu befürchten ist, auch zu dem Zweck in Anwendung gebracht, um im Hinblick auf einen künftigen Prozess über das Eigenthum zwischen zwei Parteien, von denen eine jede sich den Besitz der Sache beimisst, den Besitzstand zu reguliren. Man hat da die Frage aufgeworfen, ob dieser Anwendungsfall unter die Worte vim fieri veto des Edicts subsumirt werden könne. Savigny [82]) nahm an, dass er ursprünglich gar nicht in den Worten des Edicts enthalten gewesen sei; ursprünglich habe vielmehr das Interdict nur die Bestimmung gehabt, zu befürchtende zukünftige Störungen des Besitzes zu verhindern. Darnach war also zum Erlass des Interdicts erforderlich, dass schon factische Störungen vorgekom-

82) Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 398 ff.



men waren, oder doch Anzeichen vorlagen, welche solche Störungen befürchten liessen. Solche Anzeichen fehlen aber noch, so lange Nichts weiter vorliegt, als dass zwei Personen zum Zweck der Vorbereitung des Eigenthumsprocesses den Besitzstand reguliren lassen wollen. Um diesen Fall nun unter das Edict subsumiren zu können, nahm man nach Savigny zu der Fiction, dass Thätlichkeiten zu befürchten seien, seine Zuflucht.

Die Juristen, welche nach Savigny diese Frage behandelt haben, z. B. Keller, A. Schmidt, Bruns u. A. [83]), haben sich immer nur bemüht, für unseren Fall in dem auf den Erlass des Interdicts folgenden Verfahren eine Handlung aufzuweisen, welche wirklich vis sei, also einen Ungehorsam gegen das Verbot des Magistrats enthalte. Diese Frage war gewiss zu untersuchen, aber das von Savigny gestellte Problem war damit nicht gelöst. Nach Savigny's Ansicht muss schon vor Erlass des Interdicts Etwas vorgefallen sein, was weitere Thätlichkeiten befürchten lässt, und gerade in dieser Beziehung nahm man nach seiner Behauptung zu einer Fiction seine Zuflucht. Savigny sagt nur, dass bei Erlass des Interdicts fingirt sei, Thätlichkeiten seien zu befürchten, er spricht nicht davon, dass nach Erlass des Interdicts eine vis fingirt sei. Desshalb konnte man ihn nicht schon dadurch widerlegen, dass man in dem, was auf Erlass des Interdicts folgt, Etwas nachweist, was eine vis im Sinne des Edicts enthält. Darin ist m. E. Savigny beizustimmen, dass der Prätor, wenigstens in der früheren Zeit, sein vim fieri veto nicht ausgesprochen haben wird, so lange noch weiter nichts vorlag, als die Behauptung jeder Partei, sie besitze. Es muss ein factischer Eingriff des Einen in den Besitz des Anderen, oder doch eine die gegenseitige Besitzanmassung

83) S. jetzt auch Rudorff in den Zusätzen zur 7. Aufl. von Savigny's Recht des Besitzes Num. 131 S. 694. Wie der dolus praesens in der Anstellung der das Gegenrecht verletzenden Klage enthalten sei, so liege die vis praesens in der Imploration des dem gegnerischen Besitz direct widerstrebenden Interdicts und seiner weiteren Folgen. Für die Zeit der classischen Juristen mag das vollständig wahr sein; in der früheren Zeit musste vor Ertheilung des Interdicts die Besitzanmassung symbolischen Ausdruck in der deductio quae moribus fit erhalten.

in dem Bilde der Gewalt darstellende Handlung vorgekommen sein. Von der alten vindicatio her, bei welcher Besitz- und Eigenthumsstreit noch ungeschieden waren, hatte man sich an die Idee gewöhnt, dass jeder Entscheidung über den Besitz, wenn auch keine vis solida, doch eine vis imaginaria vorhergehen müsse. Wie bei dieser der Prätor sein Mittite ambo hominem, oder Decedite ambo de fundo, woran sich demnächst als Ergänzung das vindicias dicere schloss, nicht eher aussprach, als bis das manum conserere vor ihm stattgefunden, ganz ähnlich musste auch beim interdictum uti possidetis dem prätorischen vim fieri veto eine vis ex conventu vorausgehen. Entspricht die Verbindung, in welche ich die 'deductio quae moribus fit mit dem interdictum uti possidetis gebracht habe, der historischen Wahrheit, so ist dadurch, wenn ich nicht irre, zugleich ein nicht zu verachtender Anhaltspunkt für die Entstehungsgeschichte jenes Interdicts gewonnen.

Die Hypothese Niebuhr's, Savigny's u. A., dass der Schutz durch possessorische Interdicte zuerst für die Besitzer von ager publicus aufgekommen, ist in späteren Schriften oft genug referirt worden. Nach derselben soll man es erst später bequem gefunden haben, die für den ager publicus ausgebildete und in das prätorische Edict aufgenommene Rechtsform auch auf den ager privatus auszudehnen. Dagegen haben bekanntlich Puchta, Böcking, Vangerow u. A. daran festgehalten, dass die Entscheidung über die Parteirolle und über den Besitz bis zu entschiedener Sache bei dem Eigenthumsstreit der Ausgangspunkt für die Ausbildung der possessorischen Interdicte sei. Diese Ansicht hält sich an die Zeugnisse von Gaius [84]) und Ulpian [85]). Beide Juristen sagen übereinstimmend, das interdictum uti possidetis sei zum Zweck der Regulirung der Parteirollen für den Eigenthumsstreit aufgestellt, nicht etwa bloss, es d i e n e zu diesem Zwecke, und zwar Ulpian nicht minder deutlich, als Gaius [86]) (Gaius: — cuius rei gratia c o m p a r a t a s u n t uti possidetis

84) Gaius IV. 48.

85) L. 1. §. 2 D. uti possidetis (43, 17).

86) W i t t e, int. uti poss. S. 30 erkennt Gaius' Worte als ein historisches Zeugniss über den Grund der Einführung der Interdicte an, nicht aber die Ulpian's, da aus denselben nichts weiter gefolgert werden könne,

et utrubi. Ulpian: Huius autem edicti proponendi causa haec fuit *rel.*). Nun könnte man freilich einwenden, jene Juristen stützten sich bei ihrer Behauptung nicht auf historische Nachrichten, sondern seien lediglich auf dem Wege der Abstraction von dem Rechtszustande ihrer Zeit zu derselben gelangt. Es wird also darauf ankommen, möglichst wahrscheinlich zu machen, dass die interdicta retinendae possessionis sich aus dem vindicias dicere bei der alten Vindication entwickelt haben, denn von einem vollständigen Beweise kann natürlich bei dem Mangel fast aller positiven Zeugnisse nicht die Rede sein. Man hat eingewandt,[87]) die Interdicte könnten nicht zu jenem oben bezeichneten Zweck eingeführt sein, da es dafür seit den ältesten Zeiten eine ganz eigene Prozessform, eben die manus consertae und das sich daran schliessende vindicias dicere, gegeben habe. Darauf ist Zweierlei zu erwidern: einmal, dass das vindicias dicere bei der alten sacramenti actio in rem durchaus keine Regulirung der Parteirollen bezweckte. Diese war zu jener Zeit gar nicht nöthig, da bei der alten Vindication die Rollen des petitor und possessor noch nicht so geschieden waren, wie bei den späteren Formen der in rem actio. Es verhält sich die eine Partei nicht bloss abwehrend, sondern beide behaupten ihr Eigenthum in der vindicatio und contravindicatio, beide bestellen für diese Behauptungen ihr sacramentum, beider Klagen sind gleichmässig durch die litis contestatio consumirt, und beide sind gewiss gleichmässig verpflichtet, für ihre Behauptungen den Beweis zu erbringen[88]). Das vindicias dicere erfolgt erst, nachdem das beiderseitige sacramentum bestellt und der Act der litis contestatio vollzogen ist. Es ist desshalb m. E. die gewöhnliche Annahme,[89]) dass die sacramenti actio in rem im

als dass Ulpian die praktische Bedeutung des Interdicts vorzugsweise in der Regulirung der Parteirollen bei der Vindication gefunden habe. Dass man einen solchen Unterschied zwischen den Aeusserungen beider Juristen statuiren müsse, will mir nicht einleuchten. Entweder sind sie beide als historische Zeugnisse zu verwerfen, oder beide als solche anzuerkennen.

87) Savigny, Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 393 Anm. 3. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. S. 334.

88) Huschke, Gaius S. 188 nimmt an, nach erfolgtem vindicias dicere habe nur dem Nichtbesitzer als Kläger der Beweis obgelegen.

89) S. z. B. Rudorff, Rechtsgeschichte II. S. 128.

Laufe des Prozesses in eine simplex actio ausgelaufen sei, unrichtig. Das vindicias dicere hatte keinen weiteren Zweck, als für die fernere Dauer des Prozesses einen gesicherten Zustand zu begründen, und weitere Thätlichkeiten zu verhüten.

Ferner setzt jene Savigny'sche Ansicht voraus, dass die interdicta retinendae possessionis von jeher neben der vindicatio sacramento bestanden hätten, wofür indessen historische Zeugnisse nicht beigebracht werden können. Im Gegentheil scheint aus dem ganzen Character dieser vindicatio hervorzugehen, dass man ursprünglich den Besitz als ein vom Eigenthum verschiedenes rechtlich geschütztes Verhältniss nicht kannte: der Eigenthumsbehauptung des Gegners musste man vor dem Prätor selbst Eigenthumsbehauptung entgegensetzen, um sich vor sofortiger Herausgabe der Sache an den Gegner zu schützen. Der Prätor würde beim Ausbleiben der contravindicatio sofort die Sache dem Vindicanten addicirt haben, wie aus der Form der in iure cessio ersichtlich ist. [90])

Von einer Regulirung der Parteirollen kann ernstlich erst die Rede sein, seitdem die sacramenti actio nicht mehr die einzige Form war, in welcher das Eigenthum prozessualisch geltend gemacht werden konnte; seitdem es Klagformen gab, bei welchen nicht vindicatio und contravindicatio sich gegenüberstehen, sondern nur eine Partei Eigenthum behauptet, die andere dagegen die Aufgabe hat, diesen Anspruch abzuwehren. Das war zuerst bei der in rem actio per sponsionem praeiudicialem der Fall. Keller's [91]) Annahme, dass diese Klagform zunächst an die Stelle der vindicatio sacramento getreten sei, kann man wohl durch den Namen der dabei vorkommenden stipulatio pro praede litis et vindiciarum und durch Gaius' Erklärung dieses Namens trotz Stintzing's [92]) Widerspruch als bewiesen annehmen. Wenn Gaius IV, 94 ausdrücklich sagt, dass die stipulatio pro praede litis et vindiciarum so heisse, weil sie historisch an die Stelle dieser praedes litis et vindiciarum getreten sei, so spricht

---

90) Gai. II, 24.

91) Röm. Civilprozess 2. Aufl. S. 97, 98.

92) Ueber d. Verhältniss der leg. actio sacr. zu dem Verfahren durch sp. pr. S. 58 ff..

er damit zugleich aus, dass die in rem actio per sponsionem historisch die sacramenti actio in rem, bei welcher jene praedes vorkamen, abgelöst habe, wobei natürlich die an das Centumviralgericht gelangenden Vindicationen ausser Betracht bleiben. Ich möchte glauben, dass die Entstehung des interdictum uti possidetis historisch ziemlich mit der Entstehung jener zweiten Form der Eigenthumsklage zusammenfällt. Jedes dieser Rechtsmittel erheischt eigentlich die Existenz des anderen. Nehmen wir einmal an, dass die in rem actio per sponsionem resp. die formula petitoria zu einem Zeitpunkte bestanden hätten, als es noch keinen selbständigen rechtlichen Schutz durch interdicta retinendae possessionis gab, wie, fragen wir, wurden dann, wenn die Streitenden sich nicht gütlich darüber einigten, die Parteirollen bestimmt? Etwa nach dem factischen Innehaben? Das ist ein zu schwankendes und unsicheres Verhältniss, und würde es zu den grössten Unbilligkeiten führen, wenn man so wichtige Folgen daran knüpfen wollte.[93]) Dass erst das Aufkommen jener Interdicte einseitige Eigenthumsklagen hervorge-

---

93) Es ist von verschiedenen Seiten, z. B. von Wetzell, der röm. Vindicationsprozess § 43, Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts S. 37, kritische Ueberschau II. S. 363 Anm. 2 behauptet worden, auch bei dem Verfahren per sponsionem sei noch das vindicias dicere vorgekommen. Jedenfalls müsste dann dieses seine Stellung vollständig verändert haben, denn bei der alten vindicatio erfolgte es nach bestelltem sacramentum, also nach constituirtem iudicium. Dagegen bei dem Verfahren per sponsionem ging nach Gaius in Verbindung mit Cic. in Verr. II. 1, 45 die stipulatio pro praede litis et vindiciarum der sponsio voraus, also müsste auch das vindicias dicere derselben vorausgegangen sein. Um jedoch hiervon ganz abzusehen: es fehlt jener Ansicht, wie schon von anderer Seite, nämlich von Stintzing, Verhältniss der leg. actio sacr. zu dem Verfahren durch sp. pr. S. 24 ff. gezeigt ist, an irgend welchem auch nur indirectem Zeugnisse. Veranlasst zu sein scheint sie durch den Namen der bei der in rem actio per sponsionem vorkommenden stipulatio pro praede litis et vindiciarum; allein daraus geht noch nicht hervor, dass die Besitzregulirung zur Zeit der in rem actio per sponsionem einen Theil dieses Verfahrens selbst bildete, und von vornherein nur für die Dauer desselben Gültigkeit hatte, wie es der Fall sein müsste, wenn sie durch vindicias dicere geschehen wäre, und nicht vielmehr in einem selbständigen Verfahren und ohne Rücksicht auf einen bestimmten Eigenthumsprozess stattfand.

rufen hat, wird auch wahrscheinlich gemacht durch die Ansicht älterer römischer Juristen, z. B. des Pegasus,[94]) wonach mit der vindicatio nur der wirkliche juristische Besitzer belangt werden kann.[95])

Ebenso weisen aber auch die interdicta retinendae possessionis auf das Verfahren per sponsionem oder die formula petitoria hin; denn es hat etwas Unnatürliches, dass derjenige, welcher durch ein Interdict im Besitze der Sache rechtlich geschützt wird, wenn jemand mit Eigenthumsbehauptung gegen ihn auftritt, auch seinerseits genöthigt sein soll, Eigenthumsbehauptung entgegenzusetzen, bevor nur der Ansprecher irgend einen Beweis seiner Behauptung versucht hat.

Die Umwandlung des vindicias dicere in die interdicta retinendae possessionis möchte ich nun aber nicht mit Witte[96]) lediglich aus der wachsenden Geschäftslast des Prätors und dessen Bedürfniss nach Erleichterung derselben erklären. Höchstens mag das ein adminiculirendes Moment gewesen sein. Der Hauptgrund scheint mir darin zu liegen, dass allmählig durch die Entwicklung der Principien, nach welchen die Vindicien ertheilt wurden, der Begriff des Besitzes als eines vom Eigenthum verschiedenen, rechtlich zu schützenden Verhältnisses immer klarer in das juristische Bewusstsein trat. Man fühlte, dass eine Verfügung über den Besitz während eines bestimmten Prozesses und für die Dauer desselben nicht genüge, sondern dass der Besitz unabhängig von irgend einem bestimmten Prozesse geschützt zu werden verdiene.[97]) Ist es wahr, dass dem inter-

---

94) L. 9. D. de rei vind. (6, 1.)

95) Aehnliches muthmasst Puchta, Institutionen 2. Bd. 3. Aufl. § 232 S. 590 über die Entstehung jener Meinung.

96) a. a. O. S. 38, 39.

97) Puchta, a. a. O. II. S. 552.

Gegen die Ableitung der interdicta retinendae possessionis aus den Vindicien hat Rudorff in den Zusätzen zur 7. Aufl. von Savigny's Recht des Besitzes (Wien 1865) Num. 129, S. 692 mehrfache Einwendungen erhoben.

Nach ihm haben die Vindicien mit der possessio und deren Schutz gegen Thätlichkeiten nichts zu schaffen, sie beschränken sich auf den interimistischen Passivbesitz, die Gewalt ist hier nur demonstrativ; während die Interdicte auf Abwehr von Thätlichkeiten gegen den Activbesitz



dictum uti possidetis wenigstens eine vis ex conventu vorausgehen musste, so würde das zu der geschilderten Entwicklung vortrefflich stimmen und mit zum Beweise derselben dienen. Die deductio quae moribus fit erinnert ja unstreitig auch nach dem Wenigen, was wir über ihre äussere Erscheinung wissen, an das manum conserere, und diese Aehnlichkeit, welche so geneigt machte, die deductio mit der alten vindicatio unmittelbar in Verbindung zu bringen, würde hier ihre natürliche historische Erklärung finden. Nicht minder aber das, worin sie wesentlich von einander abweichen. Das manum conserere war mit Behauptung des Eigenthums und Auflegen der festuca, quasi hastae

angelegt sind. Auch der Ertheilung der Vindicien können aber Thätlichkeiten der Parteien vorhergegangen sein, auch sie hatte den Zweck, den, welchem der interimistische Besitz zuerkannt war, gegen fernere Störungen des Gegners bis zur Entscheidung des Eigenthumsprozesses zu schützen. Umgekehrt kann auch dem interdictum uti possidetis eine nur demonstrative Gewalt, die deductio quae moribus fit, vorausgehen. Rudorff muss annehmen, dass die scharfe Unterscheidung von Eigenthum und juristischem Besitz von Alters her bei den Römern fertig war, während dieselbe doch einen schon entwickelteren Rechtszustand, eine gereifte juristische Anschauung voraussetzt. Auch die Duplicität der interdicta retinendae possessionis passt zu der Anknüpfung derselben an die Vindicienertheilung vollkommen. So lange der Prätor im Sacramentsprocess vor Ertheilung der Vindicien selbst untersuchte, welcher von den Litiganten als juristischer Besitz anerkannt zu werden verdiene, konnte seine Verfügung je nach Ausfall jener Untersuchung eine einseitige sein. Wollte man nun diesen provisorischen Schutz durch ein Interdict gewähren, so musste die Verfügung des Prätor's nothwendig eine doppelte sein, wenn nicht eine Partei den Gegner freiwillig als Besitzer anerkannte, denn die Ertheilung eines Interdicts erfolgte, so weit unsre Kenntniss reicht, vor der Untersuchung seiner Voraussetzungen und geführtem Beweise. Die Beantwortung der Frage: ob der Prätor das nothwendig an beide Litiganten zu richtende bedingte Verbot zunächst durch zwei interdicta simplicia, oder gleich durch ein interdictum duplex ertheilt habe, ist für die Herleitung der interdicta retinendae possessionis aus der Vindicienertheilung gleichgültig. Für die Zusammenfassung zu einem interdictum duplex spricht die Erwägung, dass der Prätor für das folgende Verfahren doch, um widersprechende Entscheidungen zu verhindern, einen und denselben iudex oder arbiter bestellen musste. Ob sich übrigens die interdicta retinendae possessionis, oder die recuperandae possessionis früher ausgebildet haben, muss man bei dem Mangel zureichender Anhaltspunkte unentschieden lassen.

loco, signo quodam iusti dominii, verbunden. Davon wird uns bei der deductio nichts berichtet. Es könnte das freilich nur an der Dürftigkeit unserer Nachrichten über dieselbe liegen, allein wahrscheinlich ist dies nicht. Seitdem sich der Streit über den Besitz als etwas Selbständiges aus dem Eigenthumsprozesse losgeschält hatte, bedurfte es bei der dem Besitzprozesse vorausgehenden vis ex conventu der Eigenthumsbehauptung und des signum iusti dominii nicht mehr.

Zur Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam.

1.

Die operis novi nunciatio gehört zu den Instituten des römischen Rechts, auf welche durch die in den letzten Decennien errungene bessere Erkenntniss des classischen römischen Prozesses ein ganz neues Licht gefallen ist. Dieselbe ist nach Hasse gerade bezüglich ihrer prozessualischen Seite von A. Schmidt [1]) und Rudorff [2]) zum Gegenstande eingehender und sehr fruchtbringender Untersuchungen gemacht worden. Namentlich hat Schmidt durch seine, von Rudorff gebilligte, Erklärung der uns erhaltenen Edictsstelle über die remissio eine richtigere Einsicht in die Structur des ganzen Verfahrens erst möglich gemacht. Wenn Schmidt nun aber auch den formellen Punkt, dass uns in der erwähnten Edictsstelle nicht das allgemeine Edict, worin der Prätor die Remission verspricht, sondern das Formular für das concrete Remissionsdecret enthalten sei, vollständig aufs Reine gebracht hat, so kann dasselbe m. E. nicht von der Auffassung des Inhalts dieses Remissionsdecrets gesagt werden, und wird im Folgenden der Versuch beabsichtigt, in dieser Beziehung und in einzelnen anderen Punkten einen Nachtrag zu den von den genannten Gelehrten angestellten Untersuchungen zu liefern. Zu diesem Zweck folgen wir möglichst dem Gange des Verfahrens.

Es ist wohl zu unterscheiden, ob eine nunciatio einfach nicht zu Recht besteht, oder ob sie erst durch remissio gelösst wer-

---

1) Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII, 7. **Bekker's** u. **Muther's** Jahrb. IV. 7.

2) **Bekker's** u. **Muther's** Jahrb. IV. 3.



den muss.[3]) Bezüglich mancher Fälle kann man zweifeln, ob sie der einen oder anderen Classe zuzuweisen sind. Eine Reihe von Fällen, in welchen keine gültige nunciatio vorliegt, zählen auf Schmidt in d. Ztschr. N. F. VIII. S. 39, 40 und Rudorff a. a. O. S. 137. So nehmen Beide z. B. mit Recht Ungültigkeit der nunciatio an, wenn dieselbe gegen Reinigung und Ausbesserung öffentlicher Wasserleitungen und Kloaken gerichtet ist, oder gegen Bauten, deren Aufschub gefahrbringend sein würde; denn solche Bauten hat der Prätor ausdrücklich im Edict ausgenommen [4]): — in his quoque contemnendam putavit operis novi nunciationem, quis enim dubitat, multo melius esse omitti operis novi nunciationem *rel.* Mit Unrecht nimmt daher Hasse [5]) an, dass in diesen Fällen eine exceptio gegen das Interdict gegeben sei. [6]) Wenn ein Pupill zwar mit dem Tutor, aber non ad ipsius privatum commodum nunciirt hat, hält Schmidt [7]) eine remissio für nothwendig, während Rudorff mit Recht eine solche nunciatio für ungültig erklärt: Iulianus scripsit, pupillo non esse operis novi nunciationis executionem dandam, nisi ad ipsius privatum commodum res pertineat (L. 5 pr. h. t.). Beide [8]) halten eine remissio für nöthig, wenn der Nunciant den Calumnieneid verweigert. Es wird aber von Ulpian das Ableisten jenes Eides als eine Voraussetzung der Wirksam-

3) Die Frage, ob die nunciatio eine rechtlich bindende sei, oder nicht, kann, wenn die Facta unbestritten sind, schon vom Prätor entschieden werden; sonst fällt die Entscheidung dem iudex aus dem interdictum ex operis novi nunciatione anheim. Vorher angegangen kann der Prätor die operis novi nunciatio sofort verbieten (L. 16 u. L. 19 D. de op. n. n. 30. 1). Gewöhnlich erscheinen aber die Parteien erst nach dem solennen Acte der nunciatio vor dem Prätor: post operis novi nunciationem committunt se litigatores praetoriae iurisdictioni. Erscheint dann die geschehene nunciatio dem Prätor sofort als nicht bindend, so verweigert er seinerseits dem Nunciaten jedes Mittel zur Realisirung derselben (executio operis novi nunciationis), namentlich also das interdictum de opere restituendo (L. 5 pr., L. 7, L. 19 D. eod.). Rudorff a. a. O. S. 128, 129.

4) L. 5. § 11 u. 12 h. t.

5) Rhein. Mus. f. Jurispr. III. S. 611.

6) S. auch Schmidt a. a. O. S. 38. Anm. 34

7) a. a. O. S. 39.

8) Rudorff S. 140, Schmidt S. 40

keit und Gültigkeit zwischen anderen formellen Erfordernissen derselben vorgetragen: Qui opus novum nunciat, iurare debet, non calumniae causa opus novum nunciare. Durch die Verweigerung des Eides verliert die nunciatio von selbst ihre Kraft, der Prätor wird ohne Weiteres die executio operis novi nunciationis abgeschlagen haben. [9]) Ebenso ordnete der Prätor die Bestellung der damni infecti cautio nicht eher an, als bis der Antragsteller den Calumnieneid geleistet hatte (L. 7 pr. D. de damno infecto 39, 2).

Rudorff [10]) zählt nun noch eine ganze Reihe von Fällen auf, in welchen die an sich gültige nunciatio durch remissio gelöst werden müsse. Unter anderen soll dies dann der Fall sein, wenn ein Bau am Meeresufer inhibirt werde. M. E. konnte es aber der Nunciat hier ruhig auf das interdictum de opere restituendo ankommen lassen. Ist die nunciatio gegen eine Sache geschehen, welche ihrer Natur nach dem Banne derselben entzogen ist, so wird der iudex den Nunciaten freisprechen, und der Prätor, wenn die Sache schon vor ihm zur Sprache kommt, das Interdict verweigern müssen.

Ferner verlangt Rudorff eine remissio, wenn der Fructuar dem Eigenthümer, ein Miteigenthümer dem anderen, endlich wenn der Inhaber einer Wegegerechtigkeit das Bauen untersage. Dabei geht Rudorff offenbar von der Voraussetzung aus, dass überhaupt die nunciatio eines Jeden, in dessen Persönlichkeit an sich nur kein Hinderniss liege, wie es z. B. beim Sclaven, beim Unmündigen ohne hinzu kommende auctoritas tutoris der Fall ist, bindende Kraft habe, bis sie durch remissio, oder was derselben gleichsteht, gelöst werde. Auch Schmidt scheint dieser Meinung zu sein. Er sagt zwar S. 34, es sei klar, dass nach erfolgter nunciatio nicht jeder beliebige Dritte, sondern nur der, für welchen die nunciatio gelte, welcher rechtlicher Interessent sei, mit dem Interdict auftreten könne. Das sei vor Allen der Nunciator, ferner aber auch der heres u. s. w. Hieraus muss man schliessen, dass Schmidt die nunciatio eines Jeden, dessen Person an sich zu dem Act nicht untauglich ist, für

---

9) Ein Zweifel über die Nothwendigkeit der remissio in diesem Falle findet sich schon bei Hasse S. 612.

10) a. a. O. S. 139, 140.

bindend hält. Hasse (S. 607) dagegen lehrte, wer das interdictum gebrauche, müsse u. A. auch beweisen, dass er das Recht hatte, dieses Grundstück durch die nunciatio zu vertreten.[11]) Wenn Jemand also baue, und es wolle ein Anderer ihn durch die nunciatio daran verhindern, von dem er wisse, dass derselbe gar nicht Eigenthümer, Usufructuar u. s. w. des anliegenden Gutes sei, so brauche er sich an dessen Nunciation nicht zu kehren: denn er habe das Interdict nicht zu fürchten. Gegen diese Behauptung wird man vielleicht einwenden, dass es sich bei dem interdictum de opere restituendo ja nach dem ausdrücklichen Ausspruch der Quellen nicht um das ius prohibendi und das ius faciendi handle. Daraus folgt aber nur, dass, wenn z. B. ein Eigenthümer wegen einer seinem Grundstücke angeblich zustehenden Gebäudeservitut dem Nachbar opus novum nunciirt, bei dem darauf folgenden Interdictenprozess die Frage ausgeschlossen bleibt, ob dem Grundstück die Servitut zusteht, oder nicht. Jedenfalls wird aber der Nunciant nachweisen müssen, dass er als Eigenthümer oder Superficiar oder Pfandgläubiger u. s. w. zur nunciatio berechtigt gewesen ist. Ebenso muss der Eigenthümer, welcher das Bauen auf seinem Grund und Boden einem Anderen untersagte, im Interdictenprozess zu seiner Legitimation sein Eigenthum nachweisen [12]). Ueber sein Prohibitionsrecht wird damit doch noch

11) Ebenso Vangerow, Lehrb. der Pandekten Bd. 3. S. 552.

12) Stölzel, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam S. 227 meint, die im Text vertheidigte Ansicht werde durch die klaren Worte des Edicts, durch den Zweck des Remissionsprozesses, welcher sonst ganz überflüssig wäre, und durch die Lehre über die o. n. n. iuris publ. t. c. widerlegt; allein es liegt keine nunciatio im Sinne des Edicts vor, wenn eine nicht legitimirte Person nunciirt hat. So wird denn auch nur die Hereinziehung des ius aedificandi in den demolitorischen Prozess von Ulpian zurückgewiesen (Qui igitur facit, etsi ius faciendi habuit, tamen contra edictum Praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur). Dass dabei die Remission ihren Zweck behält, wird sich später zeigen. Endlich ist es auch irrig, dass durch jene Auffassung das interdictum demol. je nach dem concreten Falle mit dem interd. ne quid in loco sacro etc. identificirt werde; denn das interdictum ne quid in loco publico lässt eine Verhandlung über die Frage, quo iure quis aedificet, zu, wegen der exceptio: praeter quam quod lege, senatus consulto, edicto decretove principum tibi concessum est,

nicht entschieden, denn es ist noch nicht constatirt, dass der Andere kein jus faciendi, kein Servitutrecht hat. Dazu bedarf es einer Klage, bei welcher auch das Bestehen oder Nichtbestehen eines Servitutrechts in Frage kommen kann, also der Klage, mit welcher gerade die exclusive Natur des Eigenthumsrechts geltend gemacht wird: der negatoria [13]). Gewiss würde auch in den Quellen nicht gesagt sein: Iuris nostri conservandi gratia, aut damni depellendi causa opus novum nunciare potest is, ad quem res pertinet, es würde nicht besonders angegeben sein, dass dem Eigenthümer, dem Superficiar, dem Pfandgläubiger das Nunciationsrecht wegen einer dem Grundstück zustehenden Servitut zustehe, wenn auch die beliebiger anderer Personen, die ein Interesse nachweisen können, z. B. eines Miethers, dieselbe Wirkung bis zu erfolgter remissio gehabt hätte. Nunciirt eine nicht legitimirte Person in eignem Namen novum opus, so hat das rechtlich gar keine Wirkung, und es bedarf desshalb keiner Remission. So sagt Julian von dem, welcher wegen einer via nunciirt: nihil agit (L. 14 D. h. t.). Er bezeichnet ferner die nunciatio des Usufructuars dem dominus gegenüber als inutilis in L. 2 D. h. t., und wie sich aus Vergleichung jener Stelle mit L. un. § 4 D. de remiss. (43, 25) ergiebt, desshalb auch die remissio als inutilis; denn wo die nunciatio gar keine rechtliche Wirkung hatte, da findet auch die remissio nichts zu lösen. Dagegen eine nunciatio des Usufructuars dem Nachbar gegenüber liess Julian nicht bloss procuratorio nomine, sondern auch suo nomine zu, und bezeichnet in diesem Falle desshalb auch die remissio als utilis, [14])

---

während im demolitorischen Prozess über das ius aedificandi nicht verhandelt werden darf.

13) Vergl. Witte, über die Beweislast bei der actio negatoria, in d. Ztschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XIII. S. 385.

14) Mit Recht erklärt sich Rudorff (S. 142) gegen die von Cuiac. Obs. 1, 16 und Schmidt a. a. O. S. 46 Anm. 39 für nothwendig erachtete Transposition von utilis und inutilis in l. un. § 4 cit. Durch diese Umstellung wird dem Ulpian, welcher die Consequenzen der Julianschen Ansicht zieht, Etwas in den Mund gelegt, wodurch er den Julian mit sich selbst in Widerspruch bringen würde. In l. un. § 4 nämlich würde gesagt, dem Eigenthümer, welchem der Usufructuar opus novum nunciire, sei die remissio nöthig, utilis, während Julian in L. 2. h. t. jene

während Ulpian in L. 1 § 20 h. t. ohne Unterscheidung sagt: Usufructuarius autem opus novum nunciare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nunciare poterit, also nie die nunciatio des Usufructuars in eignem Namen für eine rechtlich bindende ansieht. Ebenso sagt Ulpian vom Verhältniss der Miteigenthümer zu einander in L. 3 § 1: Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nunciare *rel.* Wie aber dieses „nunciare non posse" zu verstehen sei, ergiebt sich am deutlichsten aus L. 5 § 1, wo zu den Worten: ipse vero nunciare non potest noch erläuternd hinzugefügt wird: neque nunciatio ullum effectum habet. [15])

---

nunciatio als inutilis, als rechtlich gar nicht bestehend bezeichnet. Ich sehe aber auch nicht, wie Rudorff L. un. § 4 cit. mit seiner Ansicht in Einklang bringen will. S. 139 erklärt er, eine Remission sei auch in dem Falle nöthig gewesen, wenn der Fructuar dem Eigenthümer das Bauen verboten, und S. 142 giebt er als Sinn der L. un. § 4 an, dass die Remission immer eine Nunciation voraussetze, mithin da wegfalle, wo, wie gegen Dominus (selbst nach Julian's Ansicht), eine bindende Nunciation undenkbar sei.

15) Beiläufig mag hier die Frage beantwortet werden, wie sich der Nunciat helfen konnte, wenn er zweifelte, ob das von ihm beabsichtigte opus zu den im Edict ausgenommenen gehöre, oder nicht. Davon handelt L. 5 § 13 D. h. t. Rudorff (S. 128) und Schmidt (Jahrb. IV. S. 214 Anm. 6) nehmen freilich an, der in dieser Stelle genannte iudex sei der iudex aus dem interdictum ex operis novi nunciatione. Schmidt weist sogar die ihm von Rudorff irrthümlicher Weise zugeschriebene Behauptung, es sei in der Stelle ein iudex aus einer besonderen Präiudicialsponsion gemeint, ausdrücklich ab. Jedenfalls kann nun aber nicht der iudex aus dem auf Erlass des demolitorischen Interdicts folgenden Prozesse gemeint sein, denn er soll nicht, wie Rudorff und Schmidt annehmen, darüber entscheiden, ob ein schon vorgenommenes opus edictswidrig sei, sondern darüber, ob ein noch vorzunehmendes opus edictswidrig sein würde; damit die Zweifel des Nunciaten beseitigt werden, ob er sich durch das Fortbauen dem interdictum de opere restituendo aussetzen werde, oder nicht. Das ergiebt sich am deutlichsten aus den Worten: Nam si apparuerit vel in cloaca, rivove, eove, cuius mora periculum allatura esset, dicendum est, non esse verendum, ne haec nunciatio noceret. Der iudex aus dem Interdict hat aber immer nur darüber zu entscheiden, ob ein nach der nunciatio schon vorgenommenes opus contra edictum Praetoris sei, oder nicht. Freilich braucht Ulpian nicht gerade einen iudex aus einer Präjudicialsponsion im Sinne zu haben, denn zu seiner Zeit konnte ja auch ohne Eingehung einer solchen ein praeiudicium über irgend ein juristisch wichtiges Factum angeordnet werden.

Muss aber der Nunciat sich sagen, dass alle formellen und materiellen Requisite der nunciatio im vorliegenden Falle vorhanden sind, so bleibt ihm, wenn er nicht vor der Hand still sitzen will, nur übrig, den Prätor um Remission des durch die nunciatio bewirkten Bannes anzugehen, oder die statt derselben zulässige Satisdation zu leisten. Da begegnen wir aber verschiedenen Ansichten über die Voraussetzungen, unter welchen die Remission ertheilt wird. Nach der bis zu Schmidt's Abhandlung unangefochten herrschenden Ansicht sollte die remissio überhaupt erst nach vorhergehender Verhandlung über das ius prohibendi ertheilt worden sein [16]. Doch scheiden sich die Ansichten wieder rücksichtlich der Bedeutung, welche man diesem Verfahren über das ius prohibendi beilegt. Einige halten das auf die nunciatio folgende Verfahren schon für das definitive, für den gewöhnlichen petitorischen Prozess, und nehmen an, dass die Remission erst nach rechtskräftig entschiedener Sache erfolgt sei. [17] Andere dagegen erklären das durch den Remissionsantrag vor dem Prätor veranlasste Verfahren über das ius prohibendi für ein rein summarisches, in der Weise, dass es nach der prätorischen Bestätigung der nunciatio resp. der Remission derselben der für jetzt unterliegenden Partei unbenommen geblieben sei, ihr vermeintliches Recht anderweit in einem besonderen Prozesse, dem eigentlichen Petitorium, auszuführen. [18] Diese Ansichten sind aber auf's Bündigste durch Schmidt widerlegt, welcher nachwies, dass die Remission gar keine Entscheidung über das ius prohibendi enthalte. Man verstand die uns erhaltene Edictsstelle über die Remission unrichtig so, als werde darin, wie in einem generellen Edict, vom

---

16) Göschen, Vorlesungen § 617 S. 619. Unterholzner, Schuldverhältnisse 2. Bd. § 394 S. 176. Heimbach im Rechtslexicon 7. Bd. S. 596. Wening-Ingenheim § 316 (§ 277). Keller, Pandekten § 187 S. 373.

17) So u. A. Vangerow Bd. III, S. 515. Hasse a. a. O. S. 612ff. Auch wohl Francke im Archiv f. civ. Pr. Bd. XXII, S. 377 u. Arndts Pandekten § 330.

18) So Göschen S. 619. Mühlenbruch, Pandekten S. 517. Keller, Pandekten S. 373. Wening § 316. Wiederhold, d. interd. uti possidetis u. d. novi op. nunciatio S. 114.

Prätor auf den Fall, dass der Nunciant sein Prohibitionsrecht nicht beweisen werde, die Remission versprochen, während in Wahrheit jene Stelle nur das Schema für das Decret selbst enthält, durch welches der Prätor im concreten Falle die Remission ertheilt. Klare Beweise hierfür sind, dass der Prätor hier, wie bei jedem Specialbefehl, sich des Praesens bedient, während er da, wo er in einem generellen Edict eine zukünftige Handlung verspricht, sich im Futurum ausdrückt; ferner, dass der Prätor in unsrem Edict mit den Worten: quod ius sit illi prohibere — die Person concret bezeichnet, wie es in allen Formularen für Specialbefehle geschieht, während in den generelle Rechtsvorschriften enthaltenden Edicten die Person des Betroffenen immer auch nur generell bezeichnet wird, z. B. durch die Wendung: si quis dicetur. Endlich weist auf dasselbe Resultat der Umstand hin, dass die Edictsstelle uns im 43. Buch der Pandekten, also in der Umgebung von lauter Specialbefehlen, den Interdictsformularen, erhalten ist. Dieses Decret wird erlassen, bevor irgendwie das Verbietungsrecht untersucht ist, aber es lautet allerdings regelmässig bedingt. Welche Wirkung die bedingte Aufhebung der nunciatio auf diese ausübt, wird weiterhin ausführlicher erörtert werden. Der einen der vorher referirten Ansichten, welche die prätorische Remission erst auf die rechtskräftige Aberkennung des Verbietungsrechts folgen lässt, steht ausserdem noch entgegen, dass nach jener definitiven richterlichen Aberkennung des Verbietungsrechts eine besondere Remission der nunciatio, welche ja eben nur einen provisorischen Zustand bis zum definitiven Erkenntniss zu schaffen bestimmt ist, durchaus überflüssig und widersinnig sein würde.

Jenen herrschenden Theorieen gegenüber erklärt Schmidt selbst die Nunciation für ein Mittel, um die Ableistung der stipulatio ex operis novi nunciatione auf indirectem Wege zu erzwingen. Erst wenn diese Stipulation geleistet, sei der Zweck der Nunciation erreicht, und habe die Remission erfolgen können. Das Bedingte der Remission erläutert Schmidt folgender Massen. Der Prätor erklärt nach ihm, dass er das Bauverbot aufhebe, soweit es aus der besonderen Natur der Nunciation folge, sofern es Mittel zur Erreichung der Caution sei; lässt es aber bestehen, sofern es aus einem Rechte des Verbietenden folge. Steht dem

Nuncianten nun wirklich ein ius prohibendi zu, so soll die Remission im Endresultat doch ohne Wirkung sein, denn der Weiterbauende habe die Klage aus dem ius prohibendi zu fürchten.

Ist das aber wohl in Wahrheit eine bedingte Remission, welche dem Nuncianten nur die Klage aus dem ius prohibendi vorbehält? Diese Klage hatte der Nunciat schon vor der Nunciation zu fürchten, und daran ändert das ganze Nunciationsverfahren nichts. Für den, welcher nicht glaubt, dass schon vor der Remission über das ius prohibendi verhandelt sei, versteht es sich von selbst, dass der Nunciant nach erfolgter remissio immer noch versuchen kann, seinen Willen in einem petitorischen Prozess durchzusetzen; denn es wird Niemand behaupten wollen, dass der Prätor mit Aufhebung des provisorischen Bannes ohne Weiteres auch das ius prohibendi selbst aufheben konnte. Jedenfalls hätte also der Prätor mit dem ausdrücklichen Vorbehalte des ius prohibendi etwas Ueberflüssiges gesagt. Aus dem Gesagten ergiebt sich zugleich, dass bei Schmidt's Auffassung der Bedingtheit der Remission ein wirklich sachlicher Unterschied zwischen bedingter und unbedingter Remission, den Schmidt jetzt [19]) doch zu statuiren scheint, nicht gemacht werden kann; denn auch die unbedingt ertheilte Remission kann die Klage aus dem ius prohibendi nicht nehmen, und die bedingt ertheilte hätte ihrerseits die Wirkungen der nunciatio als solcher rein und vollständig aufgehoben. Es wäre höchstens ein Unterschied in der Ausdrucksweise vorhanden.

Meiner Ueberzeugung nach muss aber hinter jener bedingten Fassung des Remissionsdecrets Mehr gesucht werden. Schmidt hat in diesem Punkt die von ihm übrigens so klar erkannte und so trefflich zur Aufklärung des Nunciationsverfahrens verwerthete Aehnlichkeit der Remission mit den Interdicten ausser Acht gelassen. Gleich den Interdicten, ist auch das Remissionsdecret ein an die Partei gerichteter bedingter Ausspruch des Prätors. Wie dort das obrigkeitliche Gebot oder Verbot die Partei nur für den Fall verpflichtet, dass die demselben ausdrücklich beigefügten, aber noch unermittelten Voraussetzungen in concreto

---

19) Jahrbuch IV. S. 221.

wirklich vorhanden sind, so tritt auch der Inhalt des Remissionsdecrets nur ein, falls die demselben beigefügte Bedingung, deren Wahrheit oder Nichtwahrheit der Prätor dahin gestellt sein lässt, im vorliegenden Falle vorhanden ist. Für den Fall, dass die Bedingung der Remission nicht vorhanden ist, bleibt es bei dem bisherigen Zustande: soweit der Nunciant wirklich ein Prohibitionsrecht hat, besteht die nunciatio, natürlich mit den ihr eigenthümlichen Wirkungen, fort. Vor Erlassung des Remissionsdecrets treten diese Wirkungen unbedingt ein, mag der Nunciant ein Prohibitionsrecht haben, oder nicht: quidquid ante remissionem fit — — pro eo habendum est, atque si nullo iure factum esset (L. 20 § 4 D. h. t.). Die Remission aber führt den ursprünglich unbeschränkten Wirkungskreis der nunciatio auf das engere Maass der Berechtigung zurück.[20] Steht dem Nuncianten kein Prohibitionsrecht zu, so kann nun der Nunciat ruhig fortbauen. Baut er aber, ohne ein Recht dazu zu haben, fort, so verletzt er nicht nur das ius prohibendi seines Gegners, sondern macht sich ausserdem immer noch eines facere contra Edictum schuldig, der durch die nunciatio bewirkte Bann besteht für ihn in Wahrheit noch fort.

Genau so wird uns auch der Verlauf des Nunciationsverfahrens von Ulpian als Inhalt der allgemeinen Verheissung des Edicts angegeben (L. 1 pr. D. h. t.): Hoc edicto promittitur, ut, sive iure, sive iniuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is, qui nunciasset, non haberet. Der Prätor verhiess also im Edict gleich im Allgemeinen, dass er die durch die nunciatio bewirkte prohibitio, diesen eigenthümlichen effectus nunciationis, nicht etwa vollständig, sondern nur soweit der Nunciant kein ius prohibendi habe, durch Remission aufheben wolle. Diesem Inhalte der allgemeinen edictalen Verheissung entspricht vollständig die Fassung des Formulars für das Remissionsdecret und die kurze Erläuterung, welche Ulpian demselben hinzufügt.

---

20) Dieser an sich völlig wahre Satz Schmidt's (Ztschr. Bd. VIII. S. 45) drückt seine eigne Ansicht nicht richtig aus, denn nach dieser hat die Remission in der That keinen beschränkenden Character, sondern hebt die nunciatio mit ihren besonderen Wirkungen vollständig auf.

Ulpian sagt in L. un. § 4 D. de remiss. (43, 25): Et verba Praetoris ostendunt, remissionem ibi demum factam, ubi nunciatio non tenet, et nunciationem ibi demum voluisse Praetorem tenere, ubi ius est nuncianti prohibere, ne se invito fiat. Fast man diese Worte unbefangen auf, so muss man gewiss einräumen, dass Ulpian nicht bloss sagen will, dass auch nach der Remission noch die actio confessoria oder negatoria möglich sei. Er sagt vielmehr, die Remission sei nur für den Fall ertheilt, ubi nunciatio non tenet, d. h. hier, wie sich aus dem Folgenden ergiebt: ubi ius non est nuncianti prohibere, ne se invito fiat. Sie ist nicht ertheilt für den anderen Fall, ubi nunciatio tenet, d. h. ubi ius est nuncianti prohibere, ne se invito fiat. Für diesen letzteren Fall dauern vielmehr die Wirkungen der nunciatio fort. Im folgenden Satze wiederholt Ulpian denselben Gedanken noch einmal in den Worten: — remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio.

Der effectus nunciationis besteht bekanntlich darin, dass gegen den Nunciaten, wenn er der gültigen nunciatio zuwider dennoch baut, und so contra Edictum facit, das interdictum de opere restituendo begründet ist. Nun ist allerdings klar, dass das von Ulpian in L. 20 pr. D. h. t. mitgetheilte Formular jenes Interdicts sich nur auf das Zuwiderhandeln vor Auswirkung des bedingten Remissionsdecrets, also auf das Stadium bezieht, in welchem die Prohibition unbedingt wirkt, mag nun der Nunciat ein ius faciendi haben, oder nicht haben; denn es heisst darin: quod in eo loco, ante quam nunciatio missa fieret — factum est, id restituas. Für die Annahme aber, dass dies nicht die einzige Fassung des Interdicts gewesen sei, geben uns, ganz abgesehen von den bisher entwickelten mehr inneren Gründen, die erhaltenen Bruchstücke der lex Rubria einen äusseren Beweis an die Hand. Durch dieses Gesetz war den gallischen Municipalmagistraten die Befugniss gegeben, die in Folge einer operis novi nunciatio nöthige Remission zu ertheilen. Jeder Magistrat, auch ein höherer, soll die von jenen geschehene Remission respectiren, und wenn er selbst später noch in Thätigkeit gesetzt wird, in das zu ertheilende Decret, Interdict u. s. w. die exceptio aufnehmen: qua de re operis novi nunciationem Duumvir, Quatuorvir, Praefectusve eius municipii non remi-

serit. Rudorff [21]) erklärt auch die Worte des in L. 20 pr. D. h. t. erhaltenen Formulars: antequam nunciatio missa fieret für eine wahre, ständige exceptio, und scheint diesen Zusatz von der exceptio der lex Rubria nur darin zu unterscheiden, dass im Edict die Exception unpersönlich d. h. ohne Bezeichnung des Remittenten abgefasst sei, während die lex Rubria, welche den Ortsobrigkeiten die Remission erst delegirt habe, überall eine dieser Delegation entsprechende Angabe des remittirenden Municipalmagistrats befohlen habe. Schmidt [22]) dagegen folgert aus der Erwähnung jener exceptio in der lex Rubria, dass zur Zeit dieses Gesetzes das Interdict des Edicts die Worte: antequam nunciatio missa fieret *rel.* noch nicht enthalten habe; von nun an habe jedoch der Magistrat seinem Interdict diese exceptio stets beim Erlass einverleiben müssen, und wahrscheinlich habe daher bald nach der lex Rubria das Edict jenen Zusatz erhalten, welchen Schmidt (S. 110) nur für eine einfachere Construction der exceptio der lex Rubria hält.

Nun haben aber die sich auf die Remission beziehenden Worte im Interdict des Edicts eine Fassung, wie sie uns bei keiner exceptio bekannt ist. In der That ist in den Worten: antequam nunciatio missa fieret einfach eine der im Edict aufgestellten Voraussetzungen des Restitutionsbefehls (L. 1 pr. D. h. t.: Edictum expressum est, ne post operis novi nunciationem quidquam operis fiat, antequam nunciatio missa fiat) niedergelegt. Jenes Formelglied enthält, um mich der eignen Worte Schmidt's (S. 106) zu bedienen, einen Theil des Grundgedankens, und drückt die ursprüngliche Gränze der Berechtigung aus. Es fallen darnach nur die Bauten, welche vor Ertheilung des Remissionsdecrets vorgenommen sind, in das Bereich dieses Interdicts; die späteren bleiben hier wenigstens ausgeschlossen. Eine ganz andere Wirkung hat dagegen die exceptio der lex Rubria: qua de re operis novi nunciationem duumvir — non remiserit. Wie jede exceptio, hat sie die Wirkung, dass, wenn die in ihr ausgesprochene Thatsache wahr ist, der im Interdict ausgesprochene Befehl nicht gültig, so gut wie nicht vorhanden

21) a. a. O. S. 133.

22) Interdictenverfahren der Römer S. 99.

ist. Nach dieser exceptio kann nicht zwischen Bauten, die vor, und solchen, die nach Ertheilung des Remissionsdecrets vorgenommen sind, unterschieden werden.[23]) Sie wird überhaupt nur dem Interdict einverleibt, welches wegen der nach ertheiltem Remissionsdecret[24]) vorgenommenen Bauten ausgewirkt werden kann. Dieser Satz bleibt allerdings unverständlich, so lange man die Remission nicht in der von uns entwickelten Weise als eine bedingte auffasst. Wären überhaupt nur die vor ertheiltem Remissionsdecret vorgenommenen opera edictswidrig, so hätte das Interdict mit dem Zusatz: antequam nunciatio missa fieret genügt. Die exceptio der lex Rubria ist uns ein Beweis, dass auch die späteren opera unter Umständen edictswidrig sein können. Der Magistrat ertheilte regelmässig die Remission nicht schlechtweg, vielmehr sprach er in demselben Decret, in welchem er remittirte, zugleich eine Bestätigung der Nunciation aus, jedes natürlich unter entgegengesetzten Bedingungen. Mochte auch die Ertheilung des Remissionsdecrets feststehen, so war damit noch nicht entschieden, ob wirkliche Remission Folge desselben gewesen sei. Eine auf Grund bedingten Remissionsdecrets vorgeschützte exceptio war nur dann begründet, wenn der Nunciant das Servitutrecht, welches ihn zum Einspruch gegen den Bau veranlasst hatte, nicht darthun konnte, oder umgekehrt der Nunciat sein ius faciendi gegenüber dem nunciirenden Eigenthümer u. s. w. bewies.

---

23) Auch Stölzel a. a. O. S. 235 hat bemerkt, dass das Interdictsformular der lex Rubria einen anderen Inhalt zu ergeben scheine, als die Edictsworte: antequam nunciatio missa fieret. Er zieht aber aus jenem Formular den ganz verwerflichen Schluss, dass jede vor Auswirkung des Interdicts, also auch die nach Fortsetzung des Werks geschehene Remission einen Schutz gegen das Interdict gewähre. Vergl. dagegen L. 20 § 1 u. 4 D. (39, 1).

24) Die Behauptung Schmidt's, dass vor der lex Rubria das demolitorische Interdict ohne irgend einen auf die Remission bezüglichen Zusatz ertheilt sei, lässt sich nicht durch die Erwähnung der exceptio in der lex Rubria begründen. Diese lex verordnete nur, dass jeder Magistrat, der später in Folge einer in jenem Lande geschehenen Nunciation thätig werde, nicht bloss eine von ihm selbst ertheilte, sondern auch die von den gallischen Municipalmagistraten ertheilte Remission respectiren solle.



Auch war es möglich, dass durch die bedingte Remission der Bann nur theilweise aufgehoben wurde. Reichte das ius prohibendi des Nuncianten nicht so weit, als er seine Nunciation ausgedehnt hatte, so wurde diese nur soweit, als jenes reichte, aufrechterhalten; denn es heisst im Remissionsdecret: Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nunciatio teneat. Dieser Möglichkeit entspricht auch die Fassung unserer exceptio, deren Anfangsworte: qua de re non in bemerkenswerther Weise von den gewöhnlichen Wendungen (si non, extra quam si, praeterquam si) abweichen.

Es bestätigt jene exceptio zugleich, was sich auch aus inneren Gründen ergiebt, dass die nunciatio durch die obrigkeitliche Remission nicht ipso iure aufgehoben wurde. Die Remission ist kein der Nunciation homogener Act, wodurch diese, wie durch einen contrarius actus, aufgehoben werden könnte. [25]) Die letztere ist, wie man namentlich aus ihrer Zusammenstellung mit der damni infecti cautio und der aquae pluviae arcendae actio im Edict geschlossen hat, ein Institut civilen Ursprungs; sie ist, wenn sie gleich einmal ein beneficium Praetoris genannt wird, doch kein Rechtsmittel, welches lediglich auf der prätorischen Verleihung beruhte, und desshalb auch durch einen Act des Prätors rein und vollständig wieder beseitigt werden könnte. Der Prätor kann wohl, wenn ihm die Requisite der nunciatio nicht vorzuliegen scheinen, die executio derselben versagen; ja, wenn er vorher angegangen ist, ab initio operis novi nunciationem denegare, was eben nichts Anderes ist, als im Voraus erklären, dass er jene executio nicht gewähren werde, wie er auch bei anderen civilen Rechten, wenn es ihm gut dünkt, die actiones denegiren kann. Muss er aber ihre Gültigkeit anerkennen, so kann er ihre Wirksamkeit nur durch Gewährung einer exceptio aufheben. [26])

25) Anders Schmidt a. a. O. S. 42, 46 und Hasse im Rh. M. f. J. III. S. 611. IV. S. 11, 12.

26) Gegen den civilen Ursprung der o. n. n. erklärt sich jetzt Stölzel a. a. O. S. 116, 117. Wird denn aber dadurch, dass später der Zweck der o. n. n. wesentlich durch prätorische Hülfe erreicht wurde, und dass es ein Edict darüber gab, der civile Ursprung des Instituts widerlegt? Auch über damnum infectum haben wir ein ausführliches Edict, und die Sicherung dagegen wurde später lediglich durch prätorische Hülfe

In engem Zusammenhange mit Schmidt's Erklärung des Remissionsdecrets steht seine Auffassung des Verhältnisses der Remission zur Caution. Ihm ist die Remission nur ein indirectes Mittel, um den Nunciaten zur Leistung der stipulatio ex operis novi nunciatione zu zwingen. Vor Leistung derselben wird also die Remission nicht ertheilt. „Seitdem jedoch der formelle Character der nunciatio dahin gefallen war, und insbesondere seitdem das interdictum restitutorium den offenbar einer späteren Zeit angehörigen Zusatz erhalten hatte: — aut in ea caussa esset, ut remitti deberet, war die Beobachtung dieser Formalität der remissio nicht mehr unbedingtes Bedürfniss. — Dennoch kam im praktischen Leben hier noch immer die remissio vor, wie aus fr. un. § 2 de remiss. gefolgert werden kann. Der Grund für dieses Beibehalten ist jedoch nicht bloss in der Anhänglichkeit an alte, gewohnte Formen zu suchen, sondern vorzüglich in der grösseren Beruhigung für den des Rechts nicht vollkommen Kundigen und in der grösseren Sicherheit des Beweises für Jedermann." Aus L. un. § 2 de remiss. kann nun auf keinen Fall gefolgert werden, dass auch nach geleisteter satisdatio im praktischen Leben immer noch die Remission vorgekommen sei. Dass beide verbunden vorkommen können, und häufig vorgekommen sein werden, ist nicht zu bezweifeln, und folgt namentlich aus L. 7. § 2. D. Quod vi aut clam. So sagt auch L. un. § 2 cit. nur, was in L. 5 § 17 de op. n. n. ausgesprochen ist, dass die formelle remissio durch Ausspruch des Prätors nicht mehr nöthig sei, wenn schon in Folge der

---

vermittelt. Nun wissen wir aber zufällig, dass früher derselbe Zweck, wenn auch unvollständiger, durch eine legis actio erreicht wurde (Gai. IV, 31). Auch die stipulatio ex o. n. n. ist höchst wahrscheinlich nicht zugleich mit der o. n. n. und der remissio entstanden, da sie im Grunde nur ein Surrogat der letzteren ist. Consequenter Weise nimmt denn Stölzel auch an, dass der Prätor durch seine Remission geradezu (ipso iure) die o. n. n. vernichte. Dagegen kann nach seiner Ansicht der Act eines Municipalmagistrats eine zufolge des prätorischen Edicts wirksame o. n. n. nicht annulliren, sondern nur eine dieselbe entkräftende exceptio hervorbringen. So erklärt sich die exceptio remissionis der lex Rubria. Soviel uns aber bekannt, haben die Acte der Municipalmagistrate, sofern sie nur keine Competenzüberschreitung enthalten, dieselbe Wirkung, wie die des Prätors.

satisdatio der durch die Nunciation bewirkte Bann gehoben sei. Vor Allem ist aber nicht richtig, dass dem Remissionsdecret des Prätors die satisdatio vorausgehen müsse. Das ist nirgends ausgesprochen. Wie hätte auch Ulpian in L. un. § 2 i. f. D. de remiss. sagen können: Ceterum sive satisdatio interveniat, sive non, remissio facta hoc tantum remittit *rel.*, wenn nur nach vorhergehender satisdatio der Prätor die Remission ertheilt hätte? Das Verhältniss beider ist vielmehr ein electives. [27]) Wer Satisdation leistet, bedarf der formellen remissio nicht. Wer dagegen diese Satisdation nicht leisten kann oder will, den trifft, um sich des unbedingten Bannes zu erledigen, immer noch die vexatio ad Praetorem veniendi, et desiderandi, ut missa fieret nunciatio. Wenn der Prätor die Ertheilung der Remission immer von der Leistung der Caution abhängig gemacht hätte, so würde Ulpian gewiss nicht versäumt haben, dies in L. 1. § 1 h. t., wo er den Inhalt des allgemeinen Edicts über die operis novi nunciatio angiebt, bemerklich zu machen. Nur wenn ein Stellvertreter für einen Abwesenden Remission verlangt, wird allerdings die Satisdation als Voraussetzung des Remissionsdecrets vorgeschrieben, in Gemässheit des allgemeinen Satzes: Nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur, auf welchen in L. 5. § 19 D. de o. n. n. ausdrücklich mit den Worten: sustinet enim partes defensoris Bezug genommen wird. Dass hier der Zwang zur Cautionsleistung besonders durch die Verweisung auf die allgemeine Pflicht des Defensors motivirt wird, beweist m. E., dass sonst die Caution nicht gefordert wurde, und es hat das auch durchaus nichts Auffälliges, wenn man nur die Remission als eine wirklich bedingte in unsrem Sinne ansieht.

Die Satisdation hat weiter reichende Wirkungen, als die bedingte Remission: sie hebt wenigstens für die Zeit, auf welche sie eingegangen ist, den Bann vollständig auf, und der Nunciat hat nach Leistung derselben nur noch das Petitorium zu fürchten. Abgesehen von diesem, kann er impune d. h. ohne Furcht vor einem Interdict fortbauen, molitio eius non impeditur. Ja, er wird sogar im Fortbauen gegen Störungen von Sei-

---

27) L. 5. § 17, L. 8. § 4, L. 20. § 1 D. h. t.

ten des Nuncianten durch ein prohibitorisches Interdict geschützt. Es stimmt ganz zu unsrer Auffassung der bedingten Remission, dass an dieselbe das prohibitorische Interdict nicht geknüpft ist. Sie steht vielmehr der einfachen repromissio gleich, welche stattfand, wenn die Nunciation im öffentlichen Interesse geschah. Bezüglich dieser wird in L. 20. § 13. h. t. ausdrücklich bemerkt, dass sie das prohibitorische Interdict nicht zur Folge habe. Aus den auf jene Bemerkung folgenden motivirenden Worten: neque enim permittendum fuit, in publico aedificare, priusquam appareat, quo iure quis aedificet dürfen wir schliessen, dass die einfache repromissio, und natürlich auch die bedingte Remission, welche ja auch das prohibitorische Interdict nicht verschafft, nicht einmal gegen ein restitutorisches Interdict Sicherheit gewähren, falls dem Nunciaten kein ius aedificandi zusteht.[28]) Für die Remission ergiebt sich dasselbe Resultat noch aus L. 8. § 2. D. h. t. Hier wird besonders hervorgehoben, dass, falls der Nunciation wirklich ein Prohibitionsrecht zu Grunde liege, nur die Satisdation die Möglichkeit verschaffe, vorläufig ungestört weiter zu bauen.

Von Schmidt's Auffassung des Remissionsdecrets weicht die Rudorff's etwas ab. In der Verwerfung der gewöhnlichen Meinung, welche die Remission stets erst nach dem Erkenntniss im Petitorium eintreten lässt, schliesst sich Rudorff Schmidt an. Seine eigene Ansicht spricht er dahin aus, dass nach dem uns erhaltenen Formular der Prätor die Remission nur unter der Suspensivbedingung ertheile, dass der künftige iudex im Petitorium kein ius prohibendi des Nuncianten befinden würde.[29]) Es scheint nicht, als ob in dieser Formulirung ein von Schmidt's Ansicht über die bedingte Remission abweichender Gedanke ausgedrückt sein soll. Rudorff giebt nirgends einen sachlichen Unterschied zwischen der unbedingten und bedingten Remission an. Er tadelt Schmidt nur desshalb, dass dieser die Remission erst hinter die cautio de demoliendo verlege, während jene

---

28) Man hat mehrfach die Frage aufgeworfen, welchen Nutzen denn die einfache Repromission dem Nunciator gewähre. Davon wird weiterhin bei der Fassung der stipulatio ex operis novi nunciatione die Rede sein.

29) Jahrbuch IV. S. 138, 152.

doch durch diese vollständig überflüssig gemacht werde, [30] und meint endlich, [31] dass die Remission gegen das Demolitorium gleichen Schutz gewähre, wie die Satisdation, und nur für die Ertheilung des prohibitorischen Interdicts zum Schutz des Fortbauens nicht die nöthigen Garantieen biete. Schmidt's Ansicht führt wenigstens zu einem besseren praktischen Resultat, indem nach derselben jedenfalls vor Ertheilung der Remission die Satisdation geleistet sein muss. Wohin führt aber Rudorff's Ansicht? Der Prätor ertheilt auf Verlangen des Nunciaten die bedingte Remission ohne Weiteres, und sichert diesen dadurch gegen das Demolitorium, hebt also die eigentliche Wirkung der nunciatio sofort wieder auf. Der Nunciat hat nur noch das Petitorium zu fürchten, was auch vor der nunciatio der Fall war, und durch diese wäre nichts weiter erreicht worden, als die kurze Pause, welche der Nunciat bedarf, um zum Prätor zu gehen und sich die Remission ertheilen zu lassen.

Eine neue Ansicht über die Bedeutung des Remissionsdecrets hat Stölzel aufgestellt. Er rügt, dass von den bisherigen Schriftstellern über die o. n. n. das ius prohibendi nicht scharf vom ius aedificandi auseinandergehalten werde. Dem Eigenthum sowohl, als der negativen Servitut (dem ius proh.) steht nach ihm die positive Servitut (das ius aedificandi) als besonderes exceptivisches Recht gegenüber, es kann also neben dem ius aedificandi des Nunciaten das ius prohibendi in der Person des Nuncianten fortbestehen. Die Feststellung dieses ius prohibendi, des Nunciationsgrundes, ist der Zweck nicht des demolitorischen Prozesses, sondern des Remissionsverfahrens. Dagegen bleibt im Remissionsprozess jede Verhandlung über ein etwaiges exceptivisches ius aedificandi ausgeschlossen. Das Remissionsverfahren geht in der Form des Interdictenprozesses vor sich: der Nunciat erwirkt auf Grund der ergangenen o. n. n. ein dieselbe aufhebendes, oder, wenn der Nunciant sein Nunciationsrecht bewiesen hat, bestätigendes decretum Praetoris. Bei dieser Argumentation hat Stölzel übersehen, dass der Prätor in dem die Nunciation bestätigenden Decret als Bedingung

30) a. a. O. S. 142.
31) a. a. O. S. 143.

seiner Bestätigung ein absolutes ius prohibendi des Nuncianten voraussetzt; denn es heisst dort: Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo n. t. In dem Zusatze invito me erblickt Stölzel ja selbst die Bezeichnung einer Einrede, welche der Verklagte auf Grund eines Servitutsrechts gegen die negatorische oder confessorische Klage opponiren könne.[32])

Um meine eigene Auffassung der bedingten Remission vor Missverständnissen zu bewahren, bemerke ich noch, dass der Prätor die Remission von dem Mangel eines ius prohibendi des Nuncianten, nicht etwa von einem späteren richterlichen Ausspruch über diesen Mangel abhängig macht. Es liegt hier keine Bedingung im juristischen Sinne des Worts vor, denn schon im Augenblick, in welchem der Prätor sein Decret erlässt, ist es objectiv gewiss, ob ein solches ius prohibendi des Nuncianten vorhanden ist, oder nicht. Da aber eine objective Ungewissheit nicht vorhanden ist, so kann die Wirksamkeit des prätorischen Ausspruchs sofort eintreten. Soweit ein ius prohibendi vorhanden ist, bleibt der Bann und dessen Schutz durch das Demolitorium aufrecht erhalten; soweit dagegen kein Verbietungsrecht existirt, ist die Nunciation schon in diesem Moment aufgehoben.[33])

---

32) Uebrigens ist es auch nicht richtig, dass das ius aedificandi dem ius prohibendi gegenüber ope exceptionis geltend gemacht sei. Stölzel a. a. O. S. 26. Um das Baurecht gegenüber der actio negatoria des Eigenthümers geltend zu machen, bedurfte es keiner in die Formel aufzunehmenden exceptio. Schon die Fassung der Clausel invito me (te) zeigt an, dass dieselbe keine exceptio ist, sie drückt vielmehr einen Theil des Grundgedankens der Klage aus.

33) Interessant ist die Ansicht Donell's (Comm. de Jure Civ. Lib. XV. Cap. XLVI. § 18. § 20.) über die Remissionsertheilung und das darauf folgende Verfahren. Er unterscheidet eine remissio ex caussa, durch welche, falls der Nunciant den Calumnieneid nicht leisten will, simpliciter et in totum nunciatio remittitur, und eine remissio sine ulla caussa. Diese letztere wird, auch wenn der Nunciant den Calumnieneid geleistet, doch immer auf Verlangen ertheilt, aber die Nunciation wird durch sie nur sub conditione ac velut ex parte aufgehoben, nämlich velut sub conditione, quatenus is cui nunciatum est, aedificandi ius habet. In der Edictsstelle der L. un. D. de remiss. erkennt Donellus, worauf Schmidt (Jahrbuch Bd. IV. S. 221. Anm. 18.) aufmerksam gemacht hat, schon richtig das Formular, nach dessen Muster der Prätor im prak-



Und ist nicht der ganze Bau dieses Verfahrens ein sehr klug angelegter? Es war gewiss billig, dass der Prätor, auch abgesehen von der Satisdation, welche allerdings am einfachsten sowohl das Interesse des Nuncianten, wie das des Nunciaten wahrt, zu deren Leistung aber nicht Jeder im Stande ist, Beider Vortheil möglichst zu berücksichtigen sucht. Das geschah aber eben durch die bedingte Remission in sinnreichster Weise. Der Nunciant ist gesichert, indem er noch immer gegen den unberechtigten Nunciaten mit dem Demolitorium durchdringt. Dieser dagegen, falls er sein ius faciendi nachzuweisen im Stande ist, kann nun fortbauen, und ist gegen das Demolitorium durch die exceptio remissionis geschützt.

Es lässt sich aber nicht läugnen, dass unsrer ganzen Auffassung der Remission einige Bedenken entgegenstehen, die erst noch aus dem Wege geräumt werden müssen. Wie kommt es, dass der vollständige Hergang des Verfahrens bei der operis novi nunciatio, wie wir ihn angenommen, in den Digesten nur so verdunkelt, in fast verwischten Spuren vorliegt, dass über die Bedeutung des Remissionsdecrets so wenig aufgenommen ist, dass von einer Anwendung des interdictum de opere restituendo bezüglich der nach dem Remissionsdecret vorgenommenen Bauten (natürlich mit verändertem Formular) Nichts erwähnt wird? Wie ist überhaupt die L. un. c. de operis novi nunc. (8, 11.) mit dem älteren Recht in Einklang zu bringen? Die letztere Frage

tischen Falle die Remission ertheilt. Nach Ertheilung der Remission steht es dem Nuncianten aber noch frei, sein Recht auszuführen und zu zeigen, dass er zur Prohibition befugt war: — si forte is qui nunciat post remissionem nunciationis velit de iure suo experiri, et docere sibi ius esse prohibere, atque eatenus nunciationem tenere, ut, quod contra factum erit, restitui debeat. Donellus scheint also der Ansicht zu sein, dass es dem Nuncianten auch nach Ertheilung der bedingten Remission, wenn ihm der Beweis seines Prohibitionsrechts gelingt, noch freistehe, das Demolitorium zu gebrauchen. Wie viel näher er der Wahrheit gekommen ist, wie die Meisten nach ihm, bedarf kaum der Bemerkung. Desto mehr verfehlte Cuiacius die Wahrheit. Er sieht in der Edictsstelle der L. un. D. de remiss. ein prohibitorisches Interdict, welches dem Nunciaten nach ertheilter Remission zu Gebote gestanden, parallel gehend demjenigen, welches ihm nach Leistung der Satisdation gewährt wurde.

namentlich hat auch die neuesten Bearbeiter unsrer Lehre beschäftigt. Dass es ihnen noch nicht gelungen ist, den Zusammenhang jener Stelle mit dem älteren Rechte befriedigend darzulegen, hat m. E. hauptsächlich seinen Grund in der nicht völlig gelungenen Auffassung dieses älteren Rechtes selbst. Vor Allem ist nicht anzunehmen, dass erst Justinian durch seine „ein ziemlich bescheidenes Gepräge tragende" Constitution Umgestaltungen in dem alten Gange des Verfahrens vorgenommen hat. Dieselben lagen vielmehr schon vor. Was Leist[34]) über die Umbildung eines viel bedeutungsvolleren Rechtsinstituts, der bonorum possessio, sagt, findet auch hier seine Anwendung: „die Umgestaltung ist durch keine einzelne kaiserliche Verfügung hervorgerufen, sie ist durch die Zeit und die veränderten Verhältnisse von selbst entstanden, mit anderen Worten sie ist eine gewohnheitsrechtliche." Die Form des alten Prozesses war allmählig zerfallen, die Unterschiede zwischen den Interdicten und den übrigen Klagen rücksichtlich des Verfahrens sind beseitigt. Die frühere Stellung des Prätors und die Mittel seines imperii waren die wesentlichen Voraussetzungen des Interdictenverfahrens und auch des Verfahrens nach der operis novi nunciatio. Dieses imperium befähigte ihn, bedingte Befehle und Verfügungen zu ertheilen, und die Frage, ob die Voraussetzungen derselben vorhanden, dem weiteren Verfahren vor einem iudex zu überlassen. Das Wegfallen einer mit solchen Befugnissen ausgestatteten Magistratur musste nothwendig auch auf die wesentlich auf jenen Befugnissen beruhenden Figuren des prozessualischen Verfahrens seine Rückwirkung üben. Für das durch die operis novi nunciatio veranlasste Verfahren hat es die Folge gehabt, dass die bedingten Remissionen abkamen: es ward nicht mehr als eine Befugniss der betreffenden richterlichen Behörden angesehen, den durch die nunciatio bewirkten unbedingten Bann ohne vorherige Untersuchung des Prohibitionsrechts in einen bedingten zu verwandeln. Für den Nunciaten war dies natürlich nachtheilig, und mag darin mit ein Motiv für Justinian gelegen haben, die Dauer des durch die Nunciation hervorgerufenen Bannes von einem Jahre auf 3 Monate herabzusetzen (Quod

34) Bonorum possessio Bd. II. 2. Abth. S. 65.

dupliciter iniquum nobis esse videtur. Sive etenim non recte opus prohibuerit, decet non per totum annum hoc impediri *rel.*). Schmidt und Rudorff sehen in jenem von Justinian erwähnten Jahre nur den gewöhnlich in der Stipulation festgesetzten Termin, für dessen Dauer die Sicherheit geleistet werde, setzen aber der Wirksamkeit der Nunciation an sich keine bestimmte Zeitgränze. Justinian sagt aber, dass während dieses Jahres der Nunciat sich des Bauens habe enthalten müssen, er kann also den Cautionstermin nicht im Sinne haben, da ja die Satisdation für die Dauer dieses Termins gerade den Bann aufhob. Nun wird allerdings in den Digesten nicht erwähnt, dass die Wirkung der Nunciation auf die Dauer eines Jahres beschränkt sei; aber es fehlt doch auch nicht an einer Spur, dass sie mit einer bestimmten Zeit erlosch. Die Satisdation konnte natürlich nur für die Zeitdauer, für welche sie geleistet war, den Bann aufheben und dem Nunciaten das interdictum ne vis fiat aedificanti verschaffen. Das wird auch in L. 20. § 14 D. (39, 1) wohl zur Erläuterung der Worte „quod eius cautum sit," die sich in der Formel des Interdicts ne vis fiat aedificanti befinden, ausdrücklich bemerkt. War also die Wirkung der nunciatio an keine bestimmte Zeitfrist gebunden, so musste nach Ablauf des Cautionstermins der vorläufig suspendirte Bann wieder eintreten. Nun geht aber aus der Erörterung Julian's in L. 13. § 1. D. (39, 1) hervor, dass man nach Ablauf jenes Termins, um den Bann weiterhin aufrecht zu erhalten, die Nunciation wiederholte. Dies wäre, wenn die frühere Nunciation noch hätte fortwirken können, vollständig überflüssig gewesen. Erlosch sie aber nach einer bestimmten Frist von selbst, und war die Caution für diese ganze Frist geleistet, wie es gewiss gewöhnlich zu geschen pflegte, so bedurfte es nun allerdings einer neuen Nunciation. Justinian erzählt, dass man in älterer Zeit über die Zulässigkeit einer solchen wiederholten Nunciation gestritten habe. Unbedenklich war die Zulassung wiederholter Nunciationen gewiss nicht, aber Chikanen konnten von dem Prätor wohl auch dadurch abgeschnitten werden, dass er einfach die executio operis novi nunciationis verweigerte. Julian scheint jedenfalls für die Zulässigkeit wiederholter Nunciationen, auch nach dem Ablauf der der früheren gesetzten Frist, gewesen zu

sein. Justinian's Bestimmungen sind nun folgende. Während einer Frist von 3 Monaten soll der Bau durchaus unterbleiben. Ist bei Ablauf derselben der Streit über das Recht noch nicht entschieden, so darf der Nunciat gegen bürgschaftliche Sicherstellung fortbauen. Wahrscheinlich waren die Privatnunciationen an Ort und Stelle allmählich ausser Gebrauch gekommen, und mag es üblich geworden sein, durch Vermittlung der Obrigkeit den Einspruch an den Gegner gelangen zu lassen (denunciationem mittere, emittere) und dabei zugleich die Klage aus dem ius prohibendi anzustellen. So erklärt sich, wie Justinian den Behörden aufgeben kann, wo möglich den Streit binnen dreier Monate nach geschehener Nunciation zu schlichten. Dass er den Gerichten befohlen habe, sofort ex officio das Prohibitionsrecht zu untersuchen, wie Rudorff annimmt, kann ich aus c. un. cit. nicht herauslesen. Ebensowenig darf man sich aber der Ansicht anschliessen, welche Schmidt jetzt [35]) aufstellt. Nach ihm soll Justinian nur für den Fall, dass der Nunciat es vorziehe, sofort sein Recht klagend zu verfolgen, seine neuen Bestimmungen angeordnet haben. Abgesehen davon, dass in dem ganzen Gesetz nicht die leiseste Andeutung über eine Erhebung der Klage von Seiten des Nunciaten sich findet, so hängt diese Auffassung der Stelle genau mit Schmidt's Ansichten über das ältere Recht zusammen, wonach die Leistung der Caution der einzige Zweck der nunciatio war, und erst nach der Cautionsleistung der Streit über das Recht erfolgte.

Dass in den Digesten das Jahr, in welchem die Nunciation erlosch, nicht erwähnt wird, erklärt sich einfach daher, dass Justinian schon im Jahre 532 seine Verordnung über die operis novi nunciatio erlassen hatte. Ihr Inhalt konnte also schon bei dem compilatorischen Verfahren berücksichtigt werden, und sind demgemäss in den in die Digesten aufgenommenen Stellen alle Erwähnungen der Jahresfrist ausgemerzt. Ebensowenig wird es nach dem, was über das Abkommen der bedingten Remissionsertheilung gesagt ist, noch auffallen, dass der Titel de remissionibus so dürftig ausgefallen ist, dass nur wenige, vielleicht absichtlich noch verschobene Spuren an die ursprüng-

35) Jahrbuch IV. S. 224 ff.

liche Bedeutung derselben erinnern. Manches deutet auf solche absichtlichen Streichungen und Entstellungen hin. Ulpian hatte im 52. Buche seines Edictscommentars, wo er die allgemeinen Bestimmungen über die operis novi nunciatio zusammenstellt, seinen Stoff folgender Massen disponirt: Nunc videamus, quibus ex causis fiat nunciatio, et quae personae nuncient, quibusque nuncietur, et in quibus locis fiat nunciatio, et quis effectus sit nunciationis (L. 1. § 15. D. de op. n. n.). Die in dieser Disposition aufgezählten Punkte werden denn auch der Reihe nach in den aus jenem Buche entlehnten grossen Fragmenten, nämlich den LL. 1, 3, 5, D. h. t., ausführlich und mit nur beiläufiger Herbeiziehung verwandter Punkte besprochen. Von allen ist bis zu L. 5. § 16. incl. die Rede gewesen, im Ganzen auch unter Beobachtung der von Ulpian aufgestellten Reihenfolge. Nur der effectus nunciationis ist noch unerledigt, und in dem Reste der L. 5. und in L. 7, welche aus demselben Buche entlehnt ist, erfahren wir nur noch, dass Satisdation resp. Caution den Antrag auf Remissionsertheilung unnöthig machen. Offenbar ist also Ulpian's allgemeine Erörterung nur bis zu dem Punkt, wo sie an den effectus nunciationis kommt, aufgenommen. Im Folgenden ist wahrscheinlich so viel von der Bedeutung der unpraktischen bedingten Remissionsertheilung die Rede gewesen, dass es sich zur Aufnahme in die Digesten nicht eignete. Einiges über diesen effectus enthält die aus dem 48. Buch des Edictscommentars von Paulus aufgenommene L. 8. D. h. t., und gerade der zweite Paragraph dieses Fragments erinnert an die ursprüngliche Bedeutung der Remission. Auch die Erläuterung des Remissionsformulars in L. un. § 2. D. de remiss. macht ganz den Eindruck, als sei sie von den Compilatoren tüchtig beschnitten worden. Wahrscheinlich wollten sie, im Hinblick auf den veränderten Rechtszustand, Ulpian sagen lassen, dass die Remission erst nach Untersuchung und Aberkennung des ius prohibendi eintrete, was ja allerdings nach L. un. C. de novi op. n. (8, 11), wenn der Prozess vorschriftsmässig rasch binnen dreier Monate erledigt wird, der Fall ist. Die eigentliche Meinung Ulpian's ist aber noch sehr deutlich zu erkennen.

Auch die Untersuchung über die Bedeutung des Surrogats der Remissionsertheilung, der stipulatio ex operis novi nuncia-

tione, kann m. E. noch nicht als ganz abgeschlossen betrachtet werden. Ueber ihr Verhältniss zum Remissionsdecret ist schon im Bisherigen die Rede gewesen. Jetzt haben wir es mit ihrem Inhalte zu thun. Schmidt [36]) behauptet auch jetzt noch, derjenige, dem die stipulatio ex operis novi nunciatione bestellt sei, bedürfe der stipulatio iudicatum solvi in dem nachfolgenden Prozesse über das Verbietungsrecht nicht, denn jene schliesse jedenfalls den Gesammtinhalt dieser in sich. Dabei lässt er unberücksichtigt, dass in der stipulatio ex operis novi nunciatione nur Restitution des nach erfolgter Nunciation, dieser zuwider, Vorgenommenen versprochen wird [37]). Nun kann aber sehr wohl ein grosser Theil des Bau's schon vollendet sein, bevor die nunciatio erfolgte. Rücksichtlich der praeterita opera war die nunciatio wirkungslos [38]), und desshalb gerade wird dem Nuncianten gerathen, sich den Beweis, was später geschehen sei, zu sichern [39]), desshalb ordnete auch der Prätor das „modulos sumere et conferre" an [40]). Auf die praeterita opera kann sich die satisdatio, welche „vice nunciationis missae" bestellt wird, „loco remissionis habetur," unmöglich beziehen. Dagegen in dem späteren Prozess über das ius prohibendi, der confessoria oder negatoria, kommt bei dem Restitutionsbefehl des iudex oder bei der Condemnation überhaupt Alles in Betracht, was dem Verbietungsrecht des Klägers zuwider in schadenbringender Weise geschehen ist, und die den Inhalt dieses Urtheils garantirende stipulatio iudicatum solvi muss natürlich denselben Umfang haben.

Schirmer [41]), der meines Wissens zuerst eingehender die

36) Jahrbuch IV. S. 220.

37) Dieser Umfang des Versprechens tritt in dem von Rudorff reconstruirten Formular in den Wortem: Quem in locum nunciatum est, nequid operis novi fieret, q. d. a., quod in eo loco intra annum, ex quo nunciatum est, opus novum factum erit *rel.* deutlicher hervor, als in den entsprechenden des Schmidt'schen: Quod novum opus, d. q. a., intra annum factum erit *rel.*

38) L. 1. §. 1 D. de o. n. n.

39) L. 8. § 1. D. eod.: Qui opus novum nunciat, si quid operis iam factum sit, in testationem referre debet, ut appareat, quid postea factum sit.

40) L. 1. § 5. eod.

41) Ueber die prätorischen Judicialstipulationen S. 85 ff.

Frage über den möglichen weiteren oder engeren Umfang der stipulatio ex operis novi nunciatione erörtert hat, räumt ihr den weiteren Umfang ein. Sie habe den vollen Inhalt des künftigen Urtheils umfasst, und könne desshalb mit Schmidt als eine verfrühte stipulatio iudicatum solvi bezeichnet werden. Als Beweise für diese Behauptung führt Schirmer die Einreihung der stipulatio ex operis novi nunciatione unter die Judicialstipulationen, und das Zeugniss des Paulus in L. 12. D. de o. n. n. an. Das entgegenstehende Zeugniss der L. un. C. de o. n. n. verb.: ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumptibus destruet beseitigt er durch die Bemerkung, dass zu Justinian's Zeit überhaupt die Cautionsleistung bei der formula petitoria weggefallen, und consequent auch die stipulatio ex operis novi nunciatione, soweit sie nur ein Supplement jener gewesen, aufgehoben und auf das beschränktere Mass zurückgeführt sei.

Die Einreihung unsrer stipulatio unter die stipulationes iudiciales ist nun gewiss schon aus dem Gesichtspunkt vollständig gerechtfertigt, dass sie Sicherheit für das zukünftige Urtheil, soweit sich dasselbe auf das nach der Nunciation Geschehene bezog, gewährte. Ebenso darf man den abgerissenen Ausspruch des Paulus in L. 12. cit.: Ex operis novi nunciatione si caveatur, tanti stipulatio committitur, quanti iudicatum sit nur auf den gewöhnlichen Fall beziehen, dass der Prozess über das Prohibitionsrecht es nur mit den nach der nunciatio geschehenen Verletzungen desselben zu thun hat. Gegen den behaupteten weiteren Umfang der Stipulation spricht entschieden ihr Name (stipulatio ex operis novi nunciatione, de operis novi nunciatione interposita) und ihre aus den Quellen hervorgehende Bestimmung, ein Surrogat der prätorischen Remission zu sein. Bei dem Prozesse über das Verbietungsrecht können auch schadenbringende Vorkehrungen und Handlungen in Betracht kommen, welche gar nicht opera im Sinne des Edicts de operis novi nunciatione sind. Es kann ferner der Nunciant, weil er des Beweises seines Verbietungsrechts nicht völlig sicher ist, die nunciatio aus Vorsicht örtlich beschränken (im Sinn von L. 5. § 15. D. de o. n. n.), während er doch in dem nachfolgenden Prozesse das Recht in einem weiteren räumlichen Umfange geltend

zu machen sucht. In allen solchen Fällen kann die stipulatio iudicatum solvi einen anderen Umfang haben, als die stipulatio ex operis novi nunciatione. Und ist es denn etwas so Unerhörtes, dass Jemandem formell mehre Ansprüche zustehen, die ganz oder theilweise denselben Inhalt haben?

Der Inhalt der Stipulation ist nun bekanntlich ein alternativer [42]). Rudorff [43]) hat auf Grund von L. 21. § 5. D. de op. n. n. vor dem zweiten Gliede dieser Alternative noch den Zusatz: neque restitutum fuerit eingeschoben. Ob derselbe wörtlich so in dem Formular unsrer Stipulation gestanden habe, wird sich natürlich nicht beweisen lassen. Jedenfalls geht Schmidt [44]) zu weit, wenn er ihn als überflüssig bezeichnet. Er hat nämlich die Wirkung, dass der Stipulator vor Erhebung der Klage aus der Stipulation es sich gefallen lassen muss, wenn der Andere die Restitution des opus vornehmen will. Lässt dagegen dieser es auf die Klage ankommen, so hat nun der Stipulator allerdings die Wahl, ob er diese auf Restitution des opus oder auf das quanti ea res erit richten will. Nach Schmidt's Formular würde der Stipulator auch vor der Klagerhebung die Wahl zwischen dem einen und dem anderen haben.

Verfehlt ist die Ansicht von Ubbelohde [45]), welcher die von Schmidt und Rudorff angenommene alternative Fassung der Stipulation überhaupt verwirft. Sie habe nur dann Sinn, meint Ubbelohde, wenn sich ein jedes Glied derselben für sich verwirklichen lasse, also: wenn auch das restituere opus bei den Römern zwangsweise hätte durchgesetzt werden können. Wenn man nun auch einräumt, dass es einen solchen directen Zwang nicht gab, so behält dennoch jene Alternative ihren sehr guten Sinn. Richtete der Kläger sein Petitum auf die restitutio operis, so erfolgte schliesslich allerdings die Condemnation auf Geld, aber der Beklagte hatte es in seiner Hand, durch das restituere

42) Es wird sich später ergeben, dass die stipulatio ex o. n. n. allerdings in einem Punkte von den gewöhnlichen alternativen Obligationen mit Wahlrecht des Gläubigers abweicht.

43) a. a. O. S. 144.

44) Jahrbuch IV. S. 215 Anm. 8.

45) Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XVIII. S. 101 ff.

weise nun, dass diese Worte nicht ein Bestandtheil der auf das Interesse des einzelnen Nuncianten abgestellten Stipulation seien, dass also die darin ausgedrückte Wahl nur auf verschiedene Stipulationsformulare gerichtet sein könne. Gewiss ist der Gebrauch des Plurals in jenen Worten nicht für eine nachlässige Ausdrucksweise zu halten; er erklärt sich vielmehr folgender Massen. Ist jedem einzelnen der Nuncianten besonders stipulirt, so würde der Nunciat dadurch in einen unbilligen Nachtheil gerathen, wenn jeder von ihnen für sich wählen könnte, ob er auf Restitution des opus oder auf sein specielles Interesse klagen wollte. Hätte der eine von vorn herein das Letztere gethan, so käme nun vielleicht ein anderer, und verlangte Restitution des opus, quae pro parte fieri non potest. Desshalb mussten sie sich darüber einigen, ob, statt auf Restitution des opus, auf das specielle Interesse jedes Einzelnen geklagt werden solle, und es konnte in den den Einzelnen geleisteten Cautionen die Entscheidung für die letztere Möglichkeit nicht von seinem besonderen Belieben, sondern von der Uebereinkunft Aller abhängig gemacht werden [49]). Kommt eine solche Uebereinkunft nicht zu Stande, so kann aus den einzelnen Stipulationen nur auf Restitution des opus geklagt werden. Es ist nämlich nicht ausser Acht zu lassen, dass die stipulatio ex operis novi nunciatione sich von den gewöhnlichen alternativ gefassten Obligationen mit Wahl des Gläubigers dadurch unterscheidet, dass nicht erst durch die Wahl die Obligation auf den einen oder anderen Inhalt festgestellt zu werden braucht, sondern dass das eine Glied der Alternative, die restitutio operis, den zunächst liegenden und vorwiegenden Inhalt der Obligation bildet, an dessen Stelle nur, wenn der Gläubiger sich dafür entscheidet und die Klage darauf richtet, das quanti ea res erit tritt. Hängt also die Entscheidung für das letztere von der Uebereinkunft mehrer Nuncianten ab, so bleibt es, wenn diese Einigung nicht zu Stande kommt, bei dem nächsten Inhalt der Obligation.

49) Die Worte: si hoc maluerint könnten auch vielleicht auf die von den Nunciatoren zu treffende Wahl, ob nur Einem von ihnen, oder Allen Caution geleistet werden solle, bezogen werden. Doch ist mir die im Text ausgeführte Beziehung wahrscheinlicher.



Diese besondere Natur der Stipulation macht es noch begreiflicher, wesshalb bei kurzer Bezeichnung derselben von den römischen Juristen die restitutio operis vorzugsweise in's Auge gefasst und erwähnt wird.

2.

Wir haben im Früheren über die Bedingungen des sg. interdictum demolitorium handeln müssen. Es mögen desshalb hier auch einige Bemerkungen über die noch immer so bestrittenen Voraussetzungen des jenem verwandten interdictum quod vi stattfinden. Der Theorie des jüngeren Hasse über die Voraussetzungen des interdictum quod vi aut clam ist von späteren Bearbeitern dieser Lehre, namentlich von Francke und Schmidt, der Vorwurf gemacht worden, dass sie zu praktisch ganz unhaltbaren Resultaten führe. Man machte sich dabei die Vorstellung, Hasse habe gelehrt, der Prohibent brauche, um mit dem Interdict durchzudringen, nur irgend ein factisches Interesse, einen Nachtheil nachzuweisen, den er durch die zuvor von ihm verbotene Handlung erlitten habe. So könne denn nach jener Theorie, meint Francke, irgend ein in unsrer Nachbarschaft Wohnender uns mit Wirksamkeit die Anlage einer Kegelbahn verbieten, falls er durch das Geräusch in derselben in einträglichen schriftstellerischen Arbeiten gestört werden, oder etwa einige Wein- und Speisegäste, welche sich bei ihm nahe an unsrer Gränze zu versammeln pflegen, verlieren würde [50]). Ja, Schmidt hält in der That eine Prohibition jedes unberufenen Dritten, der nur ein solches factisches Interesse hat, für vorläufig wirksam, und sucht das Auskunftsmittel gegen den Missbrauch der Prohibition in dem interdictum uti possidetis, welches dem juristischen Besitzer dem Prohibenten gegenüber zustehe.

Meiner Ueberzeugung hat nach man Hasse sehr mit Unrecht

---

50) Wollte man Francke's Einwurfe auch vollständig beipflichten, so müsste man doch das obige Beispiel als nicht passend bezeichnen, denn dem Nachbar in seinem Beispiele wird der Nachtheil doch nicht schon durch Herrichtung der Kegelbahn oder sonstigen Anlage zugefügt. Für das Interdict ist es aber jedenfalls erforderlich, dass der Nachtheil durch das opus in solo factum unmittelbar zugefügt werde.



jene „schwachmüthige Doctrin“ aufgebürdet [51]). Er sagt zwar in genauem Anschluss an die Quellen, dass allen denen, gegen deren Interesse das opus sei, das Interdict zustehe, und erörtert dann allerdings nicht näher, wie dieses Interesse beschaffen sein müsse, sondern begnügt sich mit einer Aufzählung der Personen, welchen in den Quellen das Interdict ausdrücklich zugesprochen ist. Wie er dieses Interesse verstand, ist dennoch deutlich zu erkennen. Hasse giebt richtiger, als manche spätere Schriftsteller, das interdictum de opere restituendo nur dem, welcher ein Recht hatte, das betreffende Grundstück durch die nunciatio zu vertreten, also dem Eigenthümer desselben, dem Superficiar u. s. w. Hieran anknüpfend, macht er in der Abhandlung über das interdictum quod vi aut clam darauf aufmerksam, dass im Titel de op. n. n. wohl gesagt werde, wem das Recht zu nunciiren zustehe, nicht aber, welche Personen das Interdict hätten, während beim interdictum quod vi aut clam gerade umgekehrt wohl angegeben würde, wer das Interdict, nicht aber, wer das Recht zu prohibiren habe. So sicher, meint Hasse, wie dort der Schluss von der nunciatio auf das Interdict, sei hier der Rückschluss von dem Erwerb des Interdicts auf das Recht der Prohibition. So stellt er denn den Satz auf, dass das Interdict, und d a h e r a u c h d a s R e c h t, s i c h d a s I n t e r d i c t d u r c h P r o h i b i t i o n z u v e r s c h a f f e n, allen denen zustehe, gegen deren Interesse das Werk sei. Aus jener Vergleichung geht aber klar genug hervor, dass Hasse weit davon entfernt war, jedem beliebigen Prohibenten, der einen durch das opus erlittenen Schaden nachweisen kann, das Interdict zuzusprechen. Solcher Auslegung seiner Meinung würde er ähnlich antworten können, wie Paulus es einer falschen Auffassung des für die actio ad exhibendum erforderlichen Interesses gegenüber thut: non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire *rel.*

Francke will an die Spitze der ganzen Lehre den Satz stellen, dass nur, wer berechtigt war, zu widersprechen, wer

---

51) Dass sie auch von Donellus nicht aufgestellt ist, geht aus manchen, bei S t ö l z e l a. a. O. S. 484—488 abgedruckten Aeusserungen desselben hervor.



ein ius prohibendi habe, aus seinem Verbote sich das Interdict quod vi aut clam erwerbe, aber er führt diesen Satz durchaus nicht consequent durch. Ein Widerspruchsrecht gegen Anlagen, welche vermöge einer wirklich bestehenden Servitut vorgenommen werden, hat der Eigenthümer eines Grundstücks nicht. Dennoch will Francke das Verbot des Eigenthümers unbedingt vorläufig respectirt wissen, bis der Servitutberechtigte sein bestrittenes Recht in förmlicher Klage nachgewiesen habe. Aber es ist doch unläugbar, dass der Eigenthümer, welchem gegenüber die Servitut nun nachgewiesen wird, kein Widerspruchsrecht gehabt hat. Es muss also der Grund davon, dass dennoch sein Verbot respectirt werden muss, in etwas Anderem liegen. Wäre das ius prohibendi der Grund, so müsste doch in dem vom Eigenthümer erhobenen Interdictsprozesse der Gegner zum Beweise der von ihm behaupteten Servitut zugelassen werden. Davon will aber offenbar Francke auch nichts wissen. Es steht ferner das Interdict nicht bloss dem Eigenthümer, Emphyteuta, Usufructuar u. s. w., sondern auch dem Pächter zu. Kann man aber diesem, der vermöge eines obligatorischen Anspruchs das Grundstück nutzt, wirklich ein ius prohibendi zuschreiben? Mit welcher Klage wollte er dasselbe durchsetzen, falls der Gegner, wie er nach L. 3. § 5. D. quod vi aut clam kann, Cautionsstellung anbietet und bereit ist, einen etwaigen Prozess aufzunehmen? Ganz dasselbe gilt vom Precisten und dem, welchem der Eigenthümer unentgeltlich oder in Folge eines onerosen Vertrages gestattet hat, auf seinem Grundstück Bäume zu fällen, welche ja auch in Bezug auf ein sie benachtheiligendes opus das Interdict haben. Im Hinblick auf diese Fälle giebt Francke seinem Satze auch eine andere Fassung: ausser dem Eigenthümer sollen auch andere Personen, welche *in rechtlicher Weise bei dem Grundstücke interessirt sind, deren rechtliche Interessen durch ein opus verletzt werden*, das Interdict anstellen können. Damit ist aber der ursprüngliche Standpunkt Francke's, auf welchem das ius prohibendi als unentbehrliche Voraussetzung des Interdicts erschien, vollständig verrückt, und ein ganz neuer Gesichtspunkt gewonnen. Der so veränderte Satz ist aber der richtige: der Prohibent muss, damit sein Verbot Wirksamkeit habe und ihm das Inter-

dict verschaffen könne, irgend ein rechtliches Interesse daran haben, dass die betreffende Handlung vorläufig unterbleibe[52]). Es steht damit ähnlich, wie mit der actio ad exhibendum. Auch diese wird von den römischen Juristen jedem gegeben, cuius interest exhiberi, und dennoch wird sie dem versagt, welcher die Exhibition verlangt, weil er selbst mit der actio ad exhibendum belangt sei, obwohl gewiss auch er factisch einen Nachtheil erleidet, wenn ihm die Sache nicht exhibirt wird[53]). Aber dieses factische Interesse genügt nicht; es muss vielmehr eine iusta et probabilis causa vorhanden sein, propter quam exhiberi sibi desideret. Aehnlich muss auch, damit eine Prohibition wirksam sei, eine iusta et probabilis causa für dieselbe vorhanden sein, wenn es auch nicht nöthig ist, dass dem Prohibenten ein wirkliches Widerspruchsrecht zur Seite stehe[54]). Allerdings ist die Zahl der Personen, welchen das Interdict in den Quellen gegeben wird, eine viel ausgedehntere, als die der zur operis novi nunciatio Berechtigten, ebenso wie der Begriff des opus in solo factum hier weiter gefasst ist, als bei der Nunciation. So z. B. steht das Interdict quod vi aut clam auch dem Usufructuar, dem Precisten, dem Pächter, endlich einem Miteigenthümer gegen den anderen zu. In manchen Fällen ist der Inhaber des dinglichen ius prohibendi eine andere Person, als die, von welcher die Prohibition ausgegangen. Das ist z. B. der Fall, wenn der Pächter oder der Precist einem Dritten die Vornahme eines opus verbietet. Erbietet sich dieser Dritte, Caution zu stellen und einen Prozess über das Verbietungsrecht

52) Allerdings muss das opus immer der Art sein, dass dadurch jenes rechtliche Interesse berührt, verletzt wird. Desshalb steht regelmässig, wenn Jemand vi aut clam nicht fruchttragende Bäume umgehauen hat, das Interdict nur dem Eigenthümer des Grundstücks, nicht dem Usufructuar zu. Cf. L. 16. § 1. L. 18. pr. D. h. t.

53) L. 3. § 11. D. ad exhibend. (10, 4): — quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum.

54) Dass nicht ein factisches, sondern nur ein rechtliches Interesse zum int. q. v. a. c. legitimirt, hat auch Stölzel a. a. O. S. 380 ff. richtig erkannt. Unrichtig ist es dagegen, wenn er die prohibitio, mag dieselbe nun auf einem rechtlichen Interesse beruhen, oder nicht, gegen den Besitzer unwirksam sein lässt. In dieser Beziehung gilt auch gegen ihn das, was hernach gegen Schmidt's Ansicht ausgeführt werden wird.



als Beklagter aufzunehmen, so muss nun der Eigenthümer für den Pächter oder Precisten eintreten. Desshalb wird in L. 3. § 5. D. quod vi aut clam allgemein und unbestimmt gesagt: Et magis est, ut desinat (sc. vi facere), si modo satis offerat, et defendere paratus sit, si quis agat. Nichtsdestoweniger hat z. B. der Pächter gewiss ein rechtlich begründetes Interesse, dass das auch ihn benachtheiligende opus unterbleibe, bis der Eigenthümer Zeit gewonnen, sein Widerspruchsrecht durchzusetzen.

Zweifelhafter ist es, ob das Verbot des Eigenthümers eines benachbarten Grundstücks das Interdict zur Folge hat, wenn er nur ein dem opus, welches Jemand in suo vornimmt, entgegenstehendes, nach der Sachlage mögliches Servitutrecht behauptet. Kann schon das Eigenthum am Nachbargrundstück ohne Nachweis des Servitutrechts als iusta et probabilis causa der Prohibition gelten, oder ist eine solche erst vorhanden, wenn der Prohibent das behauptete Servitutrecht nachzuweisen vermag? Das Letztere wird durch manche der Stellen, welche man dafür angeführt hat, noch nicht bewiesen, namentlich nicht durch L. 6. § 1. D. (8,5). In dieser Stelle sagt Ulpian, dass ein Grundeigenthümer seinen Nachbar am Höherbauen nicht bloss mit der petitorischen Klage, civili actione, sondern auch lapilli iactu oder durch das interdictum quod vi aut clam hindern könne, und es wird dies folgender Massen motivirt: — et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est; nam, quum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest *rel.* Es würde willkürlich sein, daraus, dass neben dem Interdict auch die civilis actio erwähnt ist, mit Francke [55]) zu folgern, dass zur Begründung des ersteren auch Beweis des Servitutrechts erforderlich sei. Wenn ferner Jemand, dessen Fahrgerechtigkeit durch Verbauen der via verletzt wird, wegen der Wirkungslosigkeit der operis novi nunciatio auf die vindicatio servitutis verwiesen wird, so kann man daraus ebensowenig den Schluss ziehen, dass eine einfache prohibitio für den, dessen Servitutrecht noch nicht feststehe, ganz wirkungslos sei. Diese letztere konnte in L. 14. D. de op. n. n., wo es

55) a. a. O. S. 372.

sich nur um die Zulässigkeit der operis novi nunciatio handelte, sehr wohl unerwähnt bleiben. Es ist endlich auch nicht richtig, dass Ulpian in L. 13. § 2. D. de usufr. (7, 1) die vorherrschende Beziehung des interdictum quod vi aut clam auf fremde Grundstücke deutlich hervorhebe, indem er es als zulässig bezeichne „adversus quemlibet, qui tale quid in alieno commiserit" [56]). Ulpian handelt im Anfange jenes Fragments von der Frage, welche Verpflichtungen der Nutzniesser bezüglich der Benutzung der Sache dem Proprietar gegenüber habe, und stellt dann im § 2 den Satz hin, dass der Usufructuar wegen des unrechtmässiger Weise zugefügten Schadens mit der actio legis Aquiliae, dem interdictum quod vi aut clam, der actio furti belangt werden könne. Die ganze hier erörterte Frage betrifft also nur fremde Grundstücke, und kann man desshalb in dem Umstande, dass das Interdict hier beiläufig unter mehren anderen Rechtsmitteln aufgeführt wird, gewiss nicht den Beweis finden, dass es sich vorherrschend auf fremde Grundstücke beziehe [57]). Dennoch scheint mir für Francke's Meinung die von Stölzel [58]) angeführte L. 21. D. de aq. et a. pl. a. (39, 3) den Ausschlag zu geben. Hier ist mit dürren Worten gesagt, dass von einem vi facere und dem interdictum q. v. nicht die Rede sein könne, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit. Auch scheint mir bei dieser Annahme die so viel besprochene L. 5. § 10. D. de op. n. n. ihre natürlichste Erklärung zu finden. Will Jemand auf unsrem

56) Francke a. a. O. S. 361, 370.

57) Francke macht S. 362 auch die Stellung des Interdicts in den Quellen für seine Auffassung desselben geltend. Es sei nicht zufällig, dass es seine Stelle gerade neben den Interdicten erhalten, durch welche der Prätor die Ausübung von Servituten auf fremdem Eigenthum und Reparaturen und Anlagen zum Zweck der Servituten geschützt habe. Vielmehr spreche diese Stellung für die Annahme, dass durch das Interdict quod vi aut clam vorzugsweise alle in fremdem Gebiet gegen den Willen des Eigenthümers gemachten Anlagen verpönt seien. Allein unser Interdict erscheint den vorhergehenden noch verwandter, und desshalb seine Anreihung an dieselben noch erklärlicher, wenn man die weitere Bestimmung desselben, Servitutberechtigte und ähnliche Interessenten gegen ihr Interesse beeinträchtigende Anlagen des Eigenthümers zu schützen, nicht ausser Acht lässt.

58) a. a. O. S. 390.

Grundstück einen Bau vornehmen, so ist die einfache prohibitio räthlicher, als die nunciatio; weil wir durch jene nicht, wohl aber durch diese, auf das interdictum uti possidetis verzichten. Nimmt er dagegen auf seinem eignen, an das unsrige gränzenden Grundstück ein opus vor, gegen welches wir ein Widerspruchsrecht zu haben glauben, so können wir lediglich auf Grund unsres Eigenthums wohl eine nunciatio, aber keine prohibitio vornehmen, denn das interdictum q. v. setzt den Beweis des verletzten Servitutrechts voraus. Desshalb ist operis novi nunciatio necessaria.

Ausser Francke hat sich vorzüglich Schmidt [59]) gegen Hasse's Ansicht erklärt. Er stellt, im geraden Gegensatze zu Francke und nach seiner Meinung in Uebereinstimmung mit Hasse, den Satz an die Spitze, dass die Prohibition eines jeden Dritten, falls dieser nur einen factischen Nachtheil durch das opus erleiden würde, vorläufig zu respectiren sei [60]). Die erforderliche Garantie gegen widerrechtliche Prohibitionen findet er in dem Rechtsmittel, wodurch sich der Besitzer überhaupt gegen Besitzstörungen schützen könne: in dem interdictum uti possidetis. Diese Ansicht hat bei den bedeutendsten Autoritäten Anklang [61]) gefunden, was jeden Gegner derselben zu um so vorsichtigerer Prüfung auffordern muss. Es frappirt zunächst, dass eine rechtsförmliche Handlung mit bestimmten rechtlichen Wirkungen als eine widerrechtliche Besitzstörung qualificirt werden soll. Diesem Einwurf hat Schmidt im Voraus durch die Behauptung vorzubeugen gesucht, dass die gewöhnliche Auffassung der Prohibition als eines Verbots den Charakter derselben verwische. Prohibere heisse bekanntlich verhindern, nicht verbieten. Alle übrigen Formen der Verhinderung, deren in den Quellen Erwähnung geschehe, seien auf die factische Verhinderung als die primäre zurückzuführen: der iactus lapilli und die wörtliche Prohibition seien nur die geringsten Grade facti-

59) Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. I. 6. S. 347 ff.

60) a. a. O. S. 351, 353, 354, 371, 377 Anm.

61) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten § 677. Arndts § 329 Anm. 3. Keller, Pandekten S. 377 u. 378. Rudorff zu Puchta's Pandekten § 386 Anm. q. u. A.

scher Verhinderung, mildere Formen derselben. Vermöge solcher Argumentation kann man denn allerdings in jeder Prohibition eine Besitzstörung finden. Den Beweis für seine Auffassung der Prohibition findet Schmidt vor Allem in L. 1. § 7. D. h. t. In § 5 sei mit den Worten: vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit nur die factische Verhinderung gemeint, die anderen Prohibitionsformen würden erst in den folgenden Paragraphen erwähnt, und das „sed et si", womit beide folgenden Paragraphen anfingen, zeige deutlich, dass der Jurist hier ein Mehreres sage, was in § 5 noch nicht enthalten sei. Auch aus der Art und Weise, wie Ulpian sich hier auf Autoritäten und auf den Usus berufe, gehe hervor, dass er es mit Ausdehnungen des ursprünglichen Begriffs zu thun habe.

Nun ist es allerdings richtig, dass prohibere verhindern bedeutet, aber durchaus nicht bloss das physische, thätliche Verhindern, sondern u. A. das Verhindern durch ein Verbot, wofür aus juristischen und nichtjuristischen Quellen Belege beigebracht werden können [62]). Sodann hat Schmidt übersehen, dass Ulpian gleich im § 5 der Definition des Q. Mucius die Worte hinzufügt: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio, wodurch er deutlich zu erkennen giebt, dass Q. Mucius mit jener allgemeinen Definition alle einzelnen Formen der Prohibition umfasst habe. In den folgenden Paragraphen beabsichtigte er nur zu zeigen, dass das Verbot an keine bestimmte Form gebunden sei, und zählt desshalb einzelne, von früheren Juristen besprochene Formen auf. Mit dem „sed et si" will er das Folgende nicht in einen scharfen Gegensatz zu dem Vorhergehenden setzen, sondern, wie es in ähnlicher Weise nicht selten in den Quellen geschieht, nur andeuten, dass auch diese

62) Man sehe z. B. Cic. Nat. D. I, 14. Martial. VI, 86. Tibull. I, 3, 22. Senec. ep. 83. L. 7. § 22. D. de interdictis et relegatis (48, 22.) L. 8 pr. D. de poenis (48, 19). So wird auch die operis novi nunciatio, welche doch gewiss ein Verbot ist und keine thätliche Verhinderung, in L. 1. pr. D. de op. n. n. als prohibitio bezeichnet: — deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is, qui nunciasset, non haberet. In dem Titel Quod vi aut clam wird statt prohibere auch wohl einmal interdicere oder vetare gebraucht, womit ganz dasselbe ausgedrückt werden soll. L. 3. § 5. L. 22. § 3. D. h. t.



Form unter die allgemeine Definition falle, so dass er also in seiner breiteren Weise dasselbe sagt, was Paullus in L. 20. § 1. eod. kürzer in den einen Satz zusammenfasst: Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis, se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve iactantis prohibendi gratia. Es lässt sich auch sonst in dem Titel keine einzige Stelle nachweisen, in welcher die prohibitio als eine thätliche Verhinderung vorkäme. Zwar behaupten Schmidt [63]) und manche Andere [64]), unter dem von Paullus in L. 20. § 1. D. h. t. erwähnten manum opponere sei eben die thätliche Verhinderung zu verstehen, allein es ist damit gewiss nur eine ähnliche symbolische Handlung, wie das lapillum iactare, eine abwehrende symbolische Handbewegung, wodurch das Verbot ausgedrückt wird, gemeint. Dass es etwas Derartiges bedeutet, beweist L. 5. § 10. D. de op. n. n., wo der lapilli iactus als ein prohibere per manum bezeichnet wird [65]). Bedarf es aber zur Vorbereitung

---

63) a. a. O. S. 360.

64) z. B. Rudorff zu Puchta's Pandekten § 396 Anm. d. Hasse, a. a. O. S. 9.

65) Auch eine andere Form der prohibitio, das prohibere per Praetorem, ist von Vielen missverstanden worden. Die Meisten behaupten nämlich, dieses prohibere per Praetorem sei das Auswirken eines Interdicts, und zwar des interdictum uti possidetis, denn das Interdict sei eben die Form, in welcher der Prätor verbiete (Schmidt von Ilmenau in d. Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII. 2. S. 28. Schmidt in derselben Ztschr. N.F.I.6.S.373 Anm.* Rudorff zu Puchta § 396 Anm. d. Derselbe im Jahrb. d. gemeinen d. Rs. IV. 3. S. 140. Arndts § 330 Anm. 5). Andere verstehen unter dem prohibere per Praetorem ein ohne förmliche Klage, extra ordinem nachgesuchtes gerichtliches Verbot (Francke im Archiv f. civ. Pr. XXII. 14. S. 383, 385. Aehnlich Hasse a. a. O. S. 9, 10). Diese letztere Ansicht kommt m. E. der Wahrheit näher, als die erstere. Auch bei dem prohibere per Praetorem ist der die Prohibition Vornehmende der Privatmann, nicht der Prätor: jener lässt nur durch diesen seine Prohibition an den Gegner gelangen, wie er ja überhaupt die Prohibition nicht in eigner Person vorzunehmen braucht. Genehmigt nun auch der Prätor seine prohibitio, so tritt er doch nicht selbst vermöge seiner Amtsgewalt befehlend oder verbietend auf, wie er es bei Erlassung eines Interdicts thut. Das Verhältniss ist vielmehr ein ähnliches, wie wenn Jemand eine von ihm beabsichtigte operis novi nunciatio vom Prätor vor-

des interdictum quod vi immer nur eines auf verschiedene Weise ausdrückbaren rechtsförmlichen Verbots, durchaus nicht einer wirklichen factischen Verhinderung, so fällt damit die Grundlage der Schmidt'schen Deduction. Dass ein factisches Verhindern des juristischen Besitzers an der freien Ausübung seines Besitzes denselben zum interdictum uti possidetis berechtigen würde, steht wohl fest. Keineswegs gilt aber dasselbe von einem rechtsförmlichen, selbst durch ein Interdict geschützten Verbote. Durch dieses wird dem Besitzer die Möglichkeit der factischen Disposition über die Sache in keiner Weise genommen. [66])

---

her genehmigen lässt. Für die Ansicht, dass unter dem prohibere per Praetorem das Auswirken des interdictum uti possidetis zu verstehen sei, beruft sich z B. Schmidt a. a. O. S. 373 Anm. auf L. 5. § 10. D. de op. n. n. Hier werde, wenn der Gegner sein opus auf unsrem Grund und Boden fortsetze, auf das interdictum quod vi aut clam oder das uti possidetis verwiesen. Wie nun der Klage aus dem Interdict quod vi aut clam die Prohibition, so müsse der aus dem Interdict uti possidetis die Erwirkung dieses Interdicts voraufgegangen sein. Allein wer sieht nicht, dass Ulpian am Ende der Stelle neben dem Interdict quod vi aut clam nicht die Klage aus dem Interdict uti possidetis, sondern dieses Interdict selbst als noch auszuwirkendes erwähnt? Der Zusammenhang der Stelle, sofern er uns hier interessirt, ist dieser: Wenn Jemand auf unsrem Grund und Boden ein opus vornimmt, so ist es gerathen, statt der operis novi nunciatio das prohibere per Praetorem oder per lapilli iactum zu wählen. Wenn darauf der Gegner dennoch mit seinem opus fortfährt, so können wir das interdictum quod vi aut clam oder das uti possidetis auswirken. Es beweist also die Stelle vielmehr umgekehrt, dass mit dem prohibere per Praetorem nicht das Auswirken des uti possidetis gemeint sein kann, sondern dass es demselben vorherging, dasselbe vorbereiten sollte.

66) Eine andere Frage ist es, ob nicht in einer thätlichen Verhinderung immer auch eine prohibitio im Sinne unsres Interdicts gefunden werden müsse. Der juristische Besitzer könnte dann allerdings weitere thätliche Verhinderung durch das interdictum uti possidetis zurückweisen, wäre aber seinerseits verpflichtet, das in jener thätlichen Verhinderung ausgedrückte Verbot zu respectiren, wenn er sich nicht dem Interdict quod vi aussetzen wollte. Gewöhnlich wird auch diese Form des Verbots ohne Weiteres als möglich vorausgesetzt. Gewiss ist aber ein Zweifel darüber nicht ganz unberechtigt, ob es möglich ist, in einer widerrechtlichen, mit dem Bewusstsein der Widerrechtlichkeit vorgenommenen Handlung zugleich eine rechtlich erlaubte Handlung zu vollziehen.

Das Verhältniss des interdictum quod vi zu dem uti possidetis denkt sich Schmidt nun so, dass durch das erstere der bestehende Zustand aufrecht erhalten werden solle, bis mindestens über den Besitz entschieden sei. Das erstere verhalte sich zum letzteren ähnlich, wie das summariissimum in unsrem heutigen Rechte zum ordinarium. Hiernach würde die Prohibition nur dann von Wirksamkeit sein, wenn der Prohibent zugleich den juristischen Besitz seines Gegners bestreitet Bestreitet er diesen nicht, so bedarf es ja der Entscheidung im possessorium und desshalb auch der interimistischen Auskunft nicht mehr; die Prohibition würde sich sofort als eine unberechtigte, wirkungslose darstellen. Wenn man nun aber auch zugeben wollte, dass das eingelegte Verbot durch das interdictum uti possidetis wirkungslos gemacht werden könne, so müsste man doch die Unwirksamkeit der prohibitio schon von Erlass des interdictum uti possidetis, nicht erst von der Entscheidung in der darauf folgenden Klage datiren, denn durch den Erlass jenes Interdicts verbietet der Prätor jeder der beiden Parteien, die andere in der Ausübung ihres Besitzes zu stören; der Prohibirte, falls er in Wahrheit juristischer Besitzer wäre, brauchte also nach diesem Ausspruch das Verbot nicht zu respectiren. Würde gegen ihn das interdictum quod vi impetrirt, so könnte er sich nur auf das seinen Besitz schützende, schon erlassene Interdict berufen und sich erbieten, die Voraussetzung desselben, seinen Besitz, zu beweisen. Die Bestimmung des interdictum quod vi, auch nach Erlass des uti possidetis den bestehenden Zustand bis zur Entscheidung der Besitzfrage aufrecht zu erhalten, müsste doch irgendwo in den Quellen ausgesprochen sein. Auch in der Formel des Interdicts finden wir nichts, was auf dieselbe schliessen liesse. Ebensogut, wie das Verbot, könnte man jede durch ein quasipossessorisches Interdict geschützte Ausübung einer Servitut als eine Besitzstörung qualificiren. Sollte der Prätor aber wohl dem Eigenthümer und Besitzer das interdictum uti possidetis gegeben haben, wenn der Gegner für sich den Quasibesitz der Servitut in Anspruch nahm und das zum Schutz jenes Quasibesitzes bestimmte Interdict nachsuchte? Hält man daran fest,

dass nur ein rechtlich Interessirter zum interdictum quod vi legitimirt ist, so bedarf es auch gar nicht des interdictum uti possidetis als Schutzmittels gegen unbefugte Prohibitionen [67]).

67) Die Ansicht Zimmermann's (Archiv. f. civ. Pr. Bd. 37 S. 218 ff. u. Bd. 41 S. 182 ff.) ist von anderer Seite, z. B. von Stölzel a. a. O. S. 500 genügend widerlegt worden.

Ueber die Wirkungen des vadimonium desertum und der einfachen absentia im ordentlichen Verfahren der classischen Zeit.

1.

Missio in possessionem und bonorum venditio waren die Hülfsmittel, welche im classischen Prozess dem rechtsuchenden Kläger zu Gebote standen, wenn er des Gegners nicht habhaft werden konnte, um denselben persönlich zur ordentlichen Verhandlung vor den Magistrat zu bringen. Doch sind es verschiedenartige, wenn auch ähnliche Zustände, durch welche das persönliche Erscheinen des Gegners vor Gericht vereitelt wird, und es ist zweifelhaft, ob dieselben alle zur bonorum venditio führen könnten. Am einfachsten steht die Sache für den Fall der fraudulosa latitatio; denn Alle sind einverstanden, dass hier die bonorum venditio stattfand. Verwickelter und unklarer ist, was juristische und nichtjuristische Quellen über die Folgen der einfachen absentia ohne Vertretung und die des vadimonium desertum bieten, und namentlich in neuerer Zeit gehen die Ansichten der Schriftsteller in den hier einschlagenden Fragen weit auseinander [1]). Während man früher das vadimonium desertum unbefangen auf eine Linie stellte mit der latitatio, und nur darüber uneins war, ob auch die einfache absentia jenen gleich zu achten sei, hat zuerst Keller in seiner Erörterung der für diese Verhältnisse so wichtigen Quinctiana dem vadi-

1) Hauptschriftsteller: Keller, Semestr. ad M. Tullium Ciceronem p. 49 sqq. Bachofen in Richter's u. Schneider's neuen krit. Jahrb. 12. Bd. S. 974 ff. Derselbe, Pfandrecht, S. 283 ff. Dernburg, über die emtio bonorum, namentl. S. 48—68. Hartmann, über d. röm. Contumacialverfahren S. 4—101.

monium desertum entschieden eine ganz andere Stellung in dem Concursverfahren vindicirt, als der latitatio und der absentia. Während unser übriges Quellenmaterial abgerissen und vielfach lückenhaft ist, bietet uns die oratio pro Quinctio bis zu einem gewissen Punkte hin ein ausgeführtes Bild des ganzen Verfahrens, welches den Anspruch erheben darf, dass man es, soweit es nur irgend möglich ist, rein aus sich selbst heraus begreife, unbeirrt durch Anschauungen, die man sich aus dem übrigen Quellenmaterial gebildet hat.

Quinctius hatte nach dem Decret des Prätors Dolabella mit dem Naevius die Sponsion abgeschlossen: si bona sua ex Edicto P. Burrieni Praetoris dies XXX. possessa non essent. Das thema probandum war also: Naevium bona P. Quinctii non possedisse ex edicto Praetoris. Cicero erklärt, er werde seinen ganzen Vortrag gemäss der Methode des Hortensius in bestimmte, scharf geschiedene Theile zerlegen. Den Grund, wesshalb er gerade diesmal so verfahren will, giebt er selbst in folgenden Worten an:

Tu (Hortensi) id semper facis, quia semper potes; ego in hac causa faciam, propter quod in hac videor posse facere. Quod tibi natura dat, ut semper possis, id mihi causa concedit, ut hodie possim. Certos mihi fines terminosque constituam, extra quos egredi non possum.

Die von ihm zu befolgende Anordnung soll also nicht das Product der Willkür oder oratorischer Begabung und Gewandtheit, sondern durch die Natur des zu behandelnden Rechtsverhältnisses gegeben sein. Die Abtheilungen, welche er sich vorgesteckt hat, giebt Cicero so an: Ostendam primum, causam non fuisse, cur a Praetore postulares, ut bona P. Quinctii possideres: deinde ex edicto te possidere non potuisse: postremo non possedisse.

Für unsern Zweck kommt es vorzüglich darauf an, genau zu zeigen, was der Gegenstand der beiden ersten Theile ist, und in welcher Beziehung sie zu einander stehen [2].

2) Unter den Erklärern unsrer Rede besteht auch eine Meinungsverschiedenheit darüber, wo in der späteren Ausführung Cicero's die Gränze zwischen dem zweiten und dritten Theile zu suchen sei. Nach



Im ersten Theile beschäftigt sich der Redner damit, nachzuweisen, dass kein Grund vorgelegen, der den Naevius zum ersten Antrag auf Ertheilung der missio in bona berechtigt habe (Cap. 10: Ostendam primum, causam non fuisse, cur a Praetore postulares — Nego fuisse causam, cur postularet. Cap. 11: Non fuit causa, cur postulares. Cap. 14: — Quid si debuisset? continuone causa fuisset, cur a Praetore postulares, ut bona possideres? — continuone verum fuit postulare, ut ex edicto bona possidere liceret? Cap. 17: — postulare a Praetore, ut eius bona mihi possidere liceat? Cap. 19: Docui, quod primum pollicitus sum, C. Aquilli, causam omnino, cur postularet, non fuisse). Als Grund einer solchen postulatio wird zunächst verlangt, dass zur Zeit derselben dem Antragsteller ein Anspruch, eine Forderung gegen die Person zustehe, in deren Güter er eingewiesen zu werden verlangt. Sodann ist auch von gebrochenem vadimonium in diesem Theile die Rede. Keller hat zuerst mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass Cicero das vadimonium desertum nicht in der zweiten der von ihm gemachten Abtheilungen neben den übrigen Missionsgründen, sondern in der ersten erwähne und bespreche. Weniger befriedigend ist die Erklärung, welche er von diesem Umstande giebt. Nach derselben ist es nicht unbedingt nothwendig, dass dem Impetranten einer missio in bona ein festes und sicheres ius crediti gegen den Impetraten zustehe, sondern auch der, welchem der Gegner ein vadimonium verlassen hatte, wurde einem creditor gleichgeachtet [3]). Zum Ueberfluss habe Naevius, als er den Prätor um Ertheilung der missio anging, neben der Berufung auf das vadimonium desertum auch noch behauptet, dass er eine Forderung gegen den Quinctius habe [4]).

---

der einen Ansicht ist der dritte Theil gänzlich verloren, während die andere, welcher Hartmann a. a. O. S. 17 wieder sich zuneigt, ihn schon von Cap. 24 § 77 oder gar von Cap. 23 an beginnen lässt. Mir scheint die Richtigkeit der ersten Ansicht von Keller l. c. pag. 192—197 in klarer und erschöpfender Weise dargethan zu sein.

3) Keller l. c. pag. 59: — aequum enim videbatur, ut ei quoque res servaretur periculumque depelleretur, qui iustam spem magis quam certum ius crediti nactus pari modo iniuria inde afficeretur, quod adversarii sibi potestas non fieret.

4) Pag. 61: — Pecuniam sibi deberi simul Naevium ita verisimile

Mit Recht ist diese Erklärung Keller's von den Späteren, namentlich von Bachofen und Hartmann, verworfen worden. Dass für die Ertheilung einer missio in bona der, welchem ein vadimonium verlassen ist, einem creditor gleichgeachtet werde, ist durch kein Quellenzeugniss zu beweisen; vielmehr sagt Paullus in L. 12. pr. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis (42, 5) ausdrücklich, dass die postulatio eines solchen, der nicht wirklich creditor sei, keine Wirkung habe: — Plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est, vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio [5]). Sodann ist schon von Bachofen [6]) und Hartmann [7]) hervorgehoben worden, dass Keller's Ansicht über die Bedeutung des vadimonium desertum in Cicero's eignen Worten ihre directe Widerlegung findet. Cicero verlangt als causa der postulatio nicht, dass der Impetrat entweder etwas schuldig sei, oder das vadimonium versäumt habe, sondern nach seiner Darstellung muss zu dem debitum noch eine weitere causa, welche in der Versäumung eines vadimonium liegen kann, hinzukommen. Dies zeigt zuerst Cap. 14: — Quid si debuisset? continuone causa fuisset, cur a Praetore postulares, ut bona possideres? non opinor id quidem neque ius esse, neque cuiquam expedire. Quid igitur demonstrat? vadimonium sibi ait esse desertum. Und später Cap. 19: — causam omnino, cur postularet, non fuisse: quod neque pecunia debebatur: et, si maxime deberetur, commissum nihil esse, quare ad istam rationem perveniretur. Dasselbe Verhältniss von debitum und vadimonium desertum zeigt sich endlich auch in der peroratio. Hartmann meint, der Redner habe in jener kurzen Zusammenfassung die Vorfrage, ob ein debitum vorhanden gewesen oder nicht, gar nicht mehr erwähnt, sondern alles Gewicht auf die Hauptsache, das vadimonium desertum gelegt. Die peroratio beginnt aber nicht mit den Worten: Ostendi, quam multa ante fieri convenerit, quam hominis propinqui bona possideri postularentur, sondern

est affirmasse, ut commodius tamen utiliusque duceret, vadimonii deserti quam crediti causam probare.

5) Vergl. auch L. 1. § 5. D. ne vis fiat (43, 4).

6) Kritische Jahrbücher, Bd. XII. S. 983 ff.

7) a. a. O S. 18 ff.



auch das Vorhergehende vom Ende der Lücke an gehört schon zu der peroratio, deren Anfang freilich mit dem dritten Theile verloren ist. Jene auf die Lücke folgenden Worte: Naevium ne appellasse quidem Quinctium, cum simul esset, experiri posset quotidie *rel.* bis § 86. handeln von dem debitum als causa der postulatio. Cicero fasst hier kurz die Argumente zusammen, mit denen er im ersten Theile seiner Rede das Vorhandensein einer Forderung des Naevius zu widerlegen versucht hatte.

In anderer Weise hat Bachofen zu erklären versucht, warum das vadimonium desertum mit dem debitum in der ersten Abtheilung der Rede Cicero's steht. In seiner Recension des Keller'schen Buches nimmt er an, der erste Theil der Rede enthalte die Fälle der Privatübereinkunft, welche unmittelbar die missio in bona in Aussicht stellten. Der zweite Theil dagegen stelle die Fälle zusammen, in welchen das Edict die b. possessio et venditio verspreche. Es sei zwar richtig, dass auch nur das Edict die missio in bona an das vadimonium desertum knüpfe. Allein die contractliche Natur des vadimonium lasse im einzelnen Fall der Anwendung jene ganze Wirkung nur als Wirkung der Convention und nicht des Gesetzes erscheinen, gerade im Gegensatz zu jenen Fällen, wo an sich juristisch bedeutungslose Facta durch den Prätor zu Gründen der B. P. erhoben würden, einer B. P. mithin, an welcher die Privatübereinkunft nicht den mindesten Antheil habe.

Die Widerlegung dieser Erörterung ist in ihr selbst schon enthalten. Ein solcher Gegensatz zwischen dem vadimonium desertum und den übrigen Missionsgründen, wie ihn Bachofen hier annimmt, würde nur dann bestehen, wenn das vadimonium desertum eine missio in bona in Folge einer besonderen, auf diese Folge gerichteten Nebenverabredung nach sich zöge. Auch die weitere Behauptung Bachofen's, dass Cicero jenen Gegensatz durch den Ausdruck causa (nego fuisse causam, cur postularet), welcher den Fall der Convention bezeichne, selbst angedeutet habe, wird als eine zu gesuchte wohl keinen Anklang finden. Bachofen selbst hat seine Ansicht später in seinem Pfandrecht stillschweigend fallen lassen [8]). Auch hier geht er von der An-

8) S. 292, 293.

nahme aus, dass die Versäumniss des vadimonium, weil sie im ersten Abschnitt der Ciceronianischen Darstellung stehe, kein selbständiger Grund der prätorischen Mission gewesen sein könne. Sie werde hier als persönliche Legitimation des Postulanten aufgefasst, zum deutlichen Beweise, dass das vadimonium desertum, wie die Forderung selbst, nur gegen den Latitanten und die übrigen in das Edict aufgenommenen Personen geltend gemacht werden konnte [9]). Nach Bachofen's Meinung, wenn ich sie recht verstehe, soll also Naevius sich desshalb auf die Versäumniss des vadimonium berufen haben, um darzuthun, dass Quinctius gerade gegen ihn latitire. Wäre diese Annahme richtig, so hätte Cicero seine Rede sehr unzweckmässig disponirt, indem er, bevor er den etwaigen Missionsgrund selbst erwähnt und besprochen, nachzuweisen unternähme, dass dieser der Person des Postulanten gegenüber nicht vorhanden gewesen.

Auch Dernburg [10]) hat die Ansicht Keller's nicht in ihrem ganzen Umfange angenommen. Das Verhältniss der beiden ersten Abschnitte der Rede denkt er sich so, dass in dem ersten Cicero nachzuweisen suche, es sei eine Forderung (causa) nicht vorhanden, auf welche hin die missio verlangt werden konnte; in dem zweiten, dass keiner der speciellen Missionsgründe vorliege. Ueber die Frage nun, ob Quinctius dem Naevius aus dem Societätsverhältniss, in welchem er mit diesem gestanden, noch etwas schulde, sei weniger mit Urkunden und Zeugen, als mit Vermuthungsbeweisen und Wahrscheinlichkeitsgründen gestritten. So habe Cicero's Gegner angeführt, dass Quinctius sich einer calumniösen Forderung gewiss nicht durch Versäumung des vadimonium entzogen haben würde, und Cicero spreche desshalb von dem vadimonium in dem ersten Theile seiner Rede, um jenen Vermuthungsbeweis zu widerlegen. Wenn der Gegner wirklich keine weiteren Beweise für die Existenz der Schuld anführen konnte, wie Dernburg es wahrscheinlich findet [11]), so

9) Späterhin soll allerdings das vadimonium desertum zum Inhalt eines besonderen Edictsabschnittes gemacht sein. Seitdem sei nicht mehr die Latitation des desertor erforderlich gewesen, sondern schon die Abwesenheit ohne Vertretung habe genügt.

10) a. a. O. S. 54 ff.

11) a. a. O. S. 55 Anm. 26.

hätte Cicero leichtes Spiel gehabt; denn das in der Versäumung des vadimonium liegende Indicium ist in der That ein zu unsicheres und entferntes. Fahrlässigkeit, Vergesslichkeit und mannigfache andere Gründe konnten die Veranlassung für das Ausbleiben des Quinctius gewesen sein, und Cicero würde es gewiss nicht versäumt haben, auf die Schwäche dieses Argumentes hinzuweisen. Dernburg beruft sich zum Beweise seiner Ansicht auf Cicero's Worte im c. 14 und c. 15: Quid igitur demonstrat? vadimonium sibi ait esse desertum. Allein wenn man die unmittelbar vorhergehenden und eng mit den eben citirten in Verbindung stehenden Worte berücksichtigt, so sieht man leicht, dass durch jene Worte Dernburg's Ansicht vielmehr direct widerlegt wird. Es heisst dort nämlich: Quid si debuisset? continuone causa fuisset, cur a Praetore postulares ut bona possideres? non opinor id quidem neque ius esse, neque cuiquam expedire. Quid igitur demonstrat? *rel.* Hieraus und aus den sachlich ganz damit übereinstimmenden Worten der peroratio: Et si maxime deberetur, commissum nihil esse, quare ad istam rationem perveniretur geht hervor, dass Cicero ausser einer Schuld noch eine weitere causa für die Gültigkeit der postulatio, ut bona possidere liceat, verlangt.

Ganz abweichend von den bisher geprüften Ansichten ist die Art, wie Hartmann[12]) das Verhältniss der beiden ersten Theile der Ciceronischen Vertheidigung aufzuklären sucht. Hartmann geht sehr richtig von dem Satze aus, dass zwei Zeitabschnitte streng auseinander zu halten seien, nämlich der Augenblick, wo der Kläger die missio vom Prätor begehrt, und die dreissig Tage, während welcher er von der prätorischen Erlaubniss Gebrauch macht. Der erste Theil handle nun von der causa missionis, d. h. von der Frage, ob Naevius, als er vom Prätor die missio begehrte, einen Rechtsgrund für dieses Verlangen hatte, und desshalb könne von dieser Frage nicht mehr im zweiten Theile die Rede sein. Aber auch beim Vorhandensein einer causa missionis habe Naevius den Besitz weder ergreifen noch fortsetzen dürfen, sobald entweder der abwesende Quinctius erschienen, oder ein tüchtiger Defensor aufgetreten wäre. Dass

12) a. a. O. S. 26 ff.

Quinctius viel später zurückgekehrt sei, habe Cicero in der Geschichtserzählung selbst erwähnt. Es handle sich also im zweiten Theile nur noch um die Frage, ob ein tüchtiger Defensor aufgetreten sei, oder, wie Hartmann sich an einer anderen Stelle ausdrückt, ob, ungeachtet der angebotenen Vertheidigung, derjenige dauernde Zustand obgewaltet haben könne, welcher zum vendere berechtigt haben würde. Die Edictsworte, welche für beide Theile in Betracht kämen, weil sie die Bedingung sowohl für die missio, als für das vendere enthielten, seien die erst im zweiten Theile allegirten: qui absens iudicio defensus non fuerit. Damit dieses nicht unverständlich erscheine, muss ich hier vorläufig bemerken, dass Hartmann unter dem, qui absens iudicio defensus non fuerit, nicht jeden ohne Vertretung Abwesenden, sondern hauptsächlich nur den versteht, welcher das vadimonium versäumt und keinen Vertreter gefunden hat. Aus der ganzen, hier kurz referirten Erörterung zieht Hartmann dann das Resultat, dass die Disposition Cicero's der Ordnung der beiden in L. 2. pr. und L. 7. § 1. D. quib. ex causis (42, 4) erhaltenen Edicte über die Missionen entspreche. Der erste Theil umfasse dasselbe Thema, welches z. B. in den Worten: qui fraudationis causa latitavit liege, der zweite dasselbe, welches die Nebenclauseln, z. B. die: si boni viri arbitratu non defendetur, enthielten. Durch die Ziehung dieses Schlussresultats und durch seine Erklärung des Inhalts der Edictsworte: qui absens iudicio defensus non fuerit verrückt Hartmann den gewonnenen richtigen Standpunkt wieder. Den ersteren Punkt versparen wir auf unsre spätere Erörterung über die Folgen der einfachen absentia. Was aber den zweiten betrifft, so sind in jenen Nebenclauseln: si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur und: si boni viri arbitratu non defendetur Ausnahmefälle aufgestellt, in welchen selbst beim Vorhandensein der eigentlichen causa missionis oder der causa possessionis dennoch die missio nicht ertheilt, oder die Ergreifung und Fortsetzung des Besitzes nicht erlaubt sein soll. Diese Ausnahmen sind für jeden der beiden von Hartmann richtig unterschiedenen Zeitabschnitte angeordnet, nicht etwa bloss für den zweiten. In L. 2 pr. quib. ex causis wird gesagt, dass die missio nach gebrochener cautio iudicio sisti doch nicht mit Erfolg verlangt

werden könne, wenn zur Zeit des Antrags der nicht erschienene Impetrat genügende Vertretung finde. Dies lässt Hartmann[13]) bei Angabe der Voraussetzungen, unter denen man eine missio verlangen kann, ausser Acht. Auch Cicero erwähnt jene Ausnahme im ersten Theile seiner Vertheidigung nicht, obwohl er es ohne Verletzung seiner Disposition hätte thun können, weil schon aus der vorausgeschickten Geschichtserzählung hervorging, dass bei der ersten postulatio des Naevius kein Vertheidiger für den Quinctius erschienen war, aber beim Beginn des zweiten Theils deutet er darauf hin in den Worten: Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi, aut quomodo? tum, cum postulabas, ut bona possideres? nemo affuit; neque enim quisquam divinare poterat, te postulaturum, mit der richtigen Bemerkung, dass dies im ganzen Erfolge dem Quinctius nicht schaden könne. Naevius durfte nun nach Hartmann's Behauptung den Besitz dennoch nicht ergreifen und fortsetzen, sobald entweder der abwesende Quinctius erschien, oder ein tüchtiger Defensor auftrat. Wenn Cicero nun die Beantwortung der ersteren Frage, ob Quinctius während der 30 Tage abwesend gewesen oder nicht, sich ersparen konnte, weil aus der Geschichtserzählung bekannt war, dass Quinctius erst viel später zurückgekommen war, so ändert das doch nichts an dem Umstande, dass jene Frage der Disposition nach in den zweiten Theil gehörte. Das Thema dieses zweiten Theiles ist also nicht bloss die Nebenclausel: si viri boni arbitratu non defendetur. Wie hätte auch Cicero, wenn das Thema des zweiten Theiles nur jene Nebenclausel, jene negative Bedingung der missio gewesen wäre, darauf kommen können, gerade in diesem Theile alle anderen causae missionis et possessionis wenigstens kurz zu berühren, und ihre Unanwendbarkeit im vorliegenden Falle zu zeigen?

Hält man aber die von Hartmann gemachte Unterscheidung der beiden Zeitabschnitte fest, so braucht man den Worten, welche den Inhalt der beiden ersten Theile angeben, keine Gewalt anzuthun, und gelangt m. E. zu der richtigen Auffassung der Disposition Cicero's, wonach dieselbe wirklich, wie der Redner

13) a. a. O. S. 27.

es auch andeutet, als eine sehr einfache und in dem Stoffe selbst liegende erscheint.

Vor Allem müssen bestimmte Voraussetzungen vorhanden sein in dem Zeitpunkte, in welchem der Impetrant seinen ersten Antrag stellt, und der Prätor die missio ertheilt. Von diesen spricht Cicero im ersten Theile seiner Vertheidigung (ostendam primum, causam non fuisse, cur postulares, ut bona possideres). Zweierlei verlangt er zur Begründung dieser postulatio: zunächst eine Forderung, deren Mangel in diesem Augenblicke die missio und das ganze folgende Verfahren nichtig machen würde. Die Forderung für sich würde nur zum ordentlichen Verfahren berechtigen. Die missio in possessionem ist aber eine ausserordentliche, auf dem imperium des Magistrats beruhende Massregel, eine extrema ratio, wie sie Cicero bezeichnet, für welche auch ein ausserordentlicher Grund vorhanden sein muss. Desshalb verlangt Cicero zweitens, aliquid commissum esse, quare ad istam rationem perveniretur. Einer dieser Gründe war nun die Versäumniss des vadimonium, und auf diesen hatte sich Naevius berufen. Unter der Voraussetzung, dass die vom Postulanten gemachten Angaben richtig seien, ertheilt dann der Prätor die missio, jedoch nicht schlechthin, sondern ex edicto suo. Gewöhnlich nimmt man als Bedeutung des „ex edicto" an, dass der Prätor die missio nur unter der Voraussetzung der Richtigkeit der vom Postulanten gemachten Angaben ertheilt habe [14]. Aus Cicero's ganzer Darstellung geht aber hervor, dass es sich nicht so sehr auf die Gegenwart, die Begründung der postulatio, als auf die Zukunft bezieht, auf das, wozu der Prätor durch eine selbst vollständig begründete missio die Befugniss giebt. Vorzüglich deutlich geht diese Beziehung auf die Zukunft aus dem Anfange und Schluss des zweiten Theils hervor. Dort zeigt Cicero, dass im Augenblick der ersten Postulation kein Defensor für den Quinctius nöthig gewesen, weil der Prätor nicht zum possidere, sondern zum possidere ex edicto die Befugniss gegeben habe, und nach dem Edict während der 30 Tage noch immer ein Defensor habe auftreten können. Hier zieht er aus jener Fassung des prätorischen Befehls den Schluss, dass Naevius

14) So z. B. Keller, 2. Ausgabe § 85 S. 359.

nicht befugt gewesen, den Quinctius während der 30 Tage zu dejiciren.

Zur Zeit der ersten postulatio konnte weder der Postulant, noch der Prätor wissen, ob auch im Augenblicke der Besitzergreifung und während des dreissigtägigen Besitzes noch eine Schuld des Impetraten bestehen, ob er noch latitiren oder abwesend sein werde, und es konnte auch dem Impetranten nicht einfallen, darüber irgend etwas behaupten zu wollen. Wenn es also überhaupt zur Einleitung eines Verfahrens kommen soll, so darf der Prätor für die Begründung des Gesuches nichts weiter fordern, als dass der Impetrant das Vorhandensein der oben genannten Requisite im Augenblicke der postulatio behauptet. Soll dadurch dem Gegner nicht zu nahe getreten werden, so wird doch verlangt werden müssen, dass auch im Augenblick der Besitzergreifung und während des 30tägigen Besitzes bestimmte Requisite vorhanden seien. Diese hat der Prätor einzeln in seinem Edicte verzeichnet, und gestattet das possidere selbst unter der Voraussetzung, dass alle Behauptungen des Postulanten der Wahrheit gemäss seien, doch nur ex edicto, d. h. unter der Voraussetzung, dass jene im Edict verzeichneten Gründe in Zukunft während der 30 Tage vorhanden sein würden. Von diesen Requisiten der Besitzergreifung und weiteren possessio, die zugleich die Voraussetzungen des späteren Verkaufsbefehls sind, handelt Cicero im zweiten Theile seiner Rede (ostendam, Naevium ex edicto possidere non potuisse), und zeigt, dass Naevius, weil sie ihm fehlten, selbst dann unterliegen müsse, wenn seine erste postulatio ganz begründet gewesen wäre.

Es wäre voreilig, anzunehmen, dass diese Voraussetzungen der ersten postulatio und die des späteren Besitzes ganz dieselben sein müssten. Um eine solche Vermuthung auszuschliessen, ist es nothwendig, sich die Tragweite der ertheilten missio mit Hülfe der für den Einblick in dieses ganze Verfahren so wichtigen L. 12. D. de rebus auctoritate iudicis poss. (42, 5) zu vergegenwärtigen. Durch die missio hat der Impetrant durchaus kein festes Recht erworben, sondern nur seinerseits die erste Förmlichkeit eines aus verschiedenen Stadien bestehenden Verfahrens, welches allen sich meldenden Gläubigern, soweit wie möglich, zur Befriedigung verhelfen sollte, beobachtet (quia nec sibi quid-

quam adquirit, cui Praetor permittit, sed aliquid ex ordine facit)[15]. Für die Begründung der ersten postulatio kommt es natürlich auf seine Person an, aber die ertheilte missio nützt nicht allein ihm, sondern auch den übrigen Creditoren: iam par conditio omnium creditorum facta est. Sein Besitz kommt auch ihnen zu Gute: is qui possidet, non sibi, sed omnibus possidet. Weil nun die missio „non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem“ ertheilt ist, so kann es auch nicht mehr darauf ankommen, dass die Qualification, welche der spätere Besitz haben muss, gerade in seiner Person eintrete. Es muss consequenter Weise genügen, wenn nur der Besitz irgend eines anderen Gläubigers während der noch erforderlichen Zeit die nöthige Qualification hat. Eine ausdrückliche Bestätigung dieser Annahme finden wir in L. 12. pr. D. cit., wo gesagt wird, dass die übrigen Creditoren, selbst wenn der Postulant inzwischen seine Befriedigung erhalten, ruhig das Verfahren bis zur bonorum venditio zu Ende führen können. Natürlich muss dann nur derjenige Gläubiger, in dessen Person eine der Edictsclauseln zutrifft, demnächst den Antrag auf bonorum venditio stellen, worauf dann alle Gläubiger, auch diejenigen, welche selbst keine Clausel für sich geltend zu machen vermögen, an den Vortheilen der impetrirten Erlaubniss Theil nehmen können [16]).

Auch Cicero's Vertheidigung bestätigt dieses Resultat. Nachdem nämlich der Redner gezeigt, dass keine der Edictsclauseln auf den Naevius zutreffe, sucht er seinen Satz: ex edicto bona Quinctii possideri non potuisse, auch durch den Umstand, dass keiner der übrigen Gläubiger an der possessio Theil genommen habe, zu erhärten. Damit will er zunächst darthun, dass Keiner der Sache des Naevius getraut habe (cap. 23. Etenim si ex edicto possedisti, quaero, cur bona non venierint: cur ceteri sponsores, et creditores non convenerint), sodann aber auch, dass Keiner von ihnen selbst das Zutreffen einer der Edictsclauseln auf seine Person behaupten konnte (Ubi erant ceteri creditores? denique hoc tempore ubi sunt? Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat? quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium? nemo invenitur *rel.*)

15) Keller, Semestr. p. 84, 87 u. not. 26.

16) L. 7. § 7. D. quibus ex causis in possessionem eatur (42, 4). Dernburg a. a. O. S. 113. Anm. 15.



Nachdem im Vorhergehenden festgestellt ist, dass Cicero im ersten Theile seiner Vertheidigung von der causa missionis, dagegen im zweiten von den davon zu trennenden causae des späteren 30tägigen Besitzes handelt, wird es leicht sein, die Verlegung des vadimonium desertum in den ersten Theil zu rechtfertigen. Das vadimonium desertum konnte dem Gläubiger wohl als causa der ersten Postulation dienen, nicht aber als causa der späteren possessio und venditio. Als letztere wird es auch nirgends genannt: weder bei Cicero, noch bei Gaius, noch in den Pandekten. Im Gegentheil stimmen die letzteren mit dem aus Cicero gewonnenen Resultat überein, indem nach L. 2. pr. D. quib. ex causis der wegen Bruchs der cautio iudicio sisti zu impetrirende prätorische Befehl nur auf das in bona ire, nicht, wie im Edict über den latitans, auf das possidere und vendere lautet. Auch zeigt, wie schon Dernburg [17]) bemerkt hat, eine Vergleichung der Inscription von L. 2. pr. cit. mit denen von L. 3. 5. 7. eod. tit., dass die missio wegen Versäumniss des vadimonium im Edict an einer ganz andern Stelle stand, als die Lehre von den Missionen und der venditio bonorum, nämlich bei der Lehre vom vadimonium. Es ist desshalb auch keineswegs nöthig anzunehmen, dass dieses Edict in der Zeit zwischen Cicero und Ulpian wesentliche Aenderungen erlitten habe. Man könnte es noch auffällig finden, dass Cicero im ersten Theile seiner Vertheidigung das Edict über das vadimonium desertum nicht citirt, während er doch im zweiten Theile dasjenige über die causae der späteren possessio anführt. Sollte dies rein zufällig so gekommen sein? [18]) Cicero wusste

---

17) a. a. O. S. 53 Anm. 16.

18) Bachofen Pfandr. S. 293 und Keller Semestr. pag. 60 nehmen an, dass das vadimonium desertum zu Cicero's Zeit noch gar nicht zum Inhalt eines besonderen Edictsabschnitts gemacht worden sei. Doch giebt der Letztere zu, dass die Voraussetzungen der b. possessio und venditio in der Person des Klägers, wozu in seinem Sinne das vadimonium desertum gehört, „obiter magis, inscriptione fortasse quadam aliove modo, tacite fere vel per indicem" angegeben sein möchten. Nach Dernburg, dessen Ansicht über die Bedeutung des vadimonium desertum in der Quinctiana wir im Früheren besprochen haben, gab der Prätor erst später ein Edict, worin er bei dem vadimonium desertum eine missio versprach, die aber

wohl, dass Naevius als Grund seiner ersten postulatio bei dem Prätor das versäumte vadimonium angegeben hatte. Da er aber in der Verhandlung über die sponsio zuerst das Wort ergreifen musste, so konnte er nicht bestimmt wissen, auf welche causa sich Naevius für den behaupteten späteren 30tägigen Besitz berufen werde. Wenn sich auch mit ziemlicher Sicherheit annehmen liess, dass Naevius die absentia des Quinctius anführen werde, so musste er doch als ein sorgfältiger Vertheidiger auch die übrigen möglicher Weise anzuführenden Clauseln wenigstens kurz als unanwendbar hinstellen, er musste zeigen: ex edicto Praetoris bona P. Quinctii possideri nullo modo potuisse. Dazu rückt er dem Richter das Edict gleichsam unmittelbar vor die Augen, und lässt die einzelnen Clauseln vorlesen.

Die fraudulosa latitatio, um diese als Beispiel zu wählen, hatte also vor dem vadimonium desertum das voraus, dass sie nicht bloss causa der ersten postulatio, sondern auch der späteren possessio sein konnte. Sollte dagegen die auf Grund versäumten Vadimoniums ertheilte missio zu weiterem Verfahren führen, so musste während der 30tägigen Besitzzeit noch eine andere geeignete causa vorhanden sein.

Manche werden vielleicht geneigt sein, auch das in Abrede zu stellen, dass die Versäumniss des vadimonium dem Gläubiger als selbständige causa für seinen ersten Antrag auf Ertheilung der missio habe dienen können, da in L. 2. pr. cit. verlangt werde, dass der, welcher das vadimonium gebrochen, entweder latitire oder abwesend sei. Allein in dem Nebensatz: si neque potestatem sui faciet neque defendetur ist nur eine Ausnahme zu Gunsten dessen enthalten, der das vadimonium gebrochen. Zur Erwirkung der missio brauchte sich der Postulant gewiss nur auf den Bruch des vadimonium zu berufen, wie auch aus dem Rechtsstreit zwischen Naevius und Quinctius ersichtlich

---

an sich nur ein Retentionsrecht gewährte. Der Prätor habe die Nachtheile ausgeglichen, welche der Kläger dadurch erlitten, dass er sich statt der in ius vocatio mit dem aussergerichtlichen vadimonium begnügen musste.

Dass man versucht hat, das L. 6. § 1. D. quib. ex causis erhaltene Edictsstück als die Fortsetzung von dem in L. 2. pr. cit. befindlichen hinzustellen. möge hier vorläufig nur bemerkt werden.

ist. Sache des Gegners war es, demnächst darzuthun, dass er zur Zeit jenes ersten Antrags nicht latitirt habe und nicht abwesend gewesen sei. Auch umfasst das „potestatem sui non facere“ nicht bloss die Fälle der latitatio und der absentia, sondern es geht auch auf den, welcher auf irgend welche schuldvolle Weise eine mora iudicii veranlasst[19]).

2.

Eben so wenig Einhelligkeit, als über die prozessualischen Folgen des vadimonium desertum, herrscht unter unsern Schriftstellern über die Frage, welche Folgen die einfache Abwesenheit vom Gerichtsort, ohne Hinterlassung einer ausreichenden Vertretung, zur Zeit des ordo iudiciorum privatorum hatte. Die Veranlassung dieser Zweifel und Meinungsdifferenzen liegt allerdings zum Theil, wie wir sehen werden, in der Beschaffenheit der Quellenzeugnisse. Vor Allem ist es wieder die oratio pro Quinctio, welche unsre Aufmerksamkeit in Anspruch nimmt. Schon seit lange her ist es streitig, ob in dem von Cicero im zweiten Theile der Vertheidigung angeführten Edicte am Schluss auch die Worte gestanden haben: Dici id non potest. Qui absens iudicio defensus non fuerit. Ne id quidem. In allen bekannten Handschriften fehlt der Zusatz, nur Hotoman und mit kleinen Abweichungen auch Lambin wollen ihn in sehr alten Manuscripten gefunden haben. Bei dieser Sachlage haben allerdings viele Herausgeber denselben nicht aufgenommen, die meisten aber sind darüber einverstanden, dass er dem Sinne nach nothwendig sei, und dass, wenn man ihn weglasse, in der Rede eine Lücke sei. Namentlich Manutius und Garatonius haben sich entschieden in diesem Sinne ausgesprochen, wegen des Inhalts der folgenden Rede[20]). Den von Keller[21]) zur

19) Arg. Leg. 23. § 4. D. ex quib. causis maiores (4, 6). L. 24. eod.: Sed et ad eos pertinet, qui conventi frustrantur, et qualibet tergiversatione et sollertia efficiunt, ne cum ipsis agi possit. L. 25. eod. Quod quidem simili modo ad eum quoque pertinere dicemus, qui non frustrandi gratia id faceret, sed quod multitudine rerum distringeretur.

20) Ueber alles dieses sehe man die Nachweisungen bei Keller Semestr. p. 61 sqq.

21) a. a. O. p. 62 not. 36.

Bestätigung dieser Ansicht citirten Stellen, nämlich c. 23. Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat? quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium? — c. 27. Eum ipsum, qui fraudandi causa latitet, eum ipsum, quem iudicio nemo defendat — — — invitum de praedio detrudi vetat. c. 28. Ex edicto autem non potuisse bona possideri, demonstravi: quod neque fraudandi causa latitasset, neque exsilii causa solum vertisse diceretur. Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit: quod contra copiosissime defensum esse contendi, diesen Stellen können noch folgende hinzugefügt werden:

C. 19. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi, aut quomodo? — — — Qui locus igitur absentis defendendi procuratori primus datus est? — — — Iudicium postulas: non recusat. Quid aliud sit absentem defendi, ego non intelligo. c. 20. Et audes, Sex. Naevi, negare, absentem defensum esse Quinctium, cum eum defenderit idem, qui te solebat? [22]) — — — cuius procurator a Praetore tribunos appellare ausus sit, eum non defendi: eius bona recte possideri posse: ei misero, absenti, ignaro fortunarum suarum, omnia vitae ornamenta per summum dedecus et ignominiam diripi convenire. Quod si probari nemini potest: illud certe probari omnibus necesse est, defensum esse iudicio absentem Quinctium. c. 21. Quid affertur, quare P. Quinctius absens negetur esse defensus? — — Mihi autem ad vincendum satis est, fuisse procuratorem, quicum experiri posset. Qualis is fuerit, si modo absentem defendebat per ius et magistratum, nihil ad rem arbitror pertinere.

Trotz dieser vielfachen Aeusserungen, welche deutlich darauf hinweisen, dass die von Hotoman aufgefundene Clausel in dem von Cicero angeführten Edicte als letzte gestanden haben muss,

---

22) Die Fortsetzuug dieser Stelle lautet so: et cum is iudicium acceperit pro Quinctio, cui et tu et rem et famam tuam commendare proficiscens et concredere solebas? Ist hier nicht deutlich genug gesagt, dass den absens, den proficiscens, wenn der von ihm hinterlassene Procurator seine Schuldigkeit nicht thue, Verlust seines Vermögens und Infamie treffen könne?



haben Bachofen und Dernburg im Gegensatz zu Keller[23]) die Clausel verworfen. Sie meinen, latitatio sei der Grund gewesen, auf welchen Naevius sich berufen habe, eine Meinung, die schon früher aufgestellt worden ist.[24]) Bachofen sucht das in folgender Weise darzuthun: Die im cap. 28. sich findende absichtliche Trennung der Frage nach der defensio von jener ersten, ob eine Clausel des prätorischen Edicts de bonorum possessione et venditione Anwendung gefunden habe, durch die Worte „reliquum est“ und durch eine besondere Zusammenstellung der für die defensio geltend gemachten Gründe zeige deutlich genug, dass hier ein ganz neuer Punkt, nicht eine vierte Clausel des Edicts an die Reihe komme. Dieser, nämlich der Beweis der gehörigen Vertheidigung von Seite des Alfenus, sei nicht sowohl durch eine neue Clausel des Edicts, als vielmehr durch den Zusatz der ersten: si boni viri arbitratu non defendetur veranlasst. Nachdem nämlich Cicero den Quinctius gegen den Vorwurf der latitatio verwahrt und auch gezeigt habe, dass keine der anderen beiden Edictsclauseln auf ihn Anwendung finde, sei es die Pflicht eines guten Patrons gewesen, zu zeigen, das überdies auch die Bedingung vorhanden sei, unter welcher, das Dasein einer wirklichen latitatio selbst vorausgesetzt, deren juristische Folgen doch nicht eintreten könnten. Dies allein habe also der Redner noch zu erweisen (reliquum est). Der schnelle Uebergang hierzu, nachdem zwischendurch erst von einigen anderen Clauseln die Rede gewesen, könne nicht getadelt werden, denn ohne Zweifel seien die Edictsabschnitte, wenigstens die erste Clausel: Qui fraudationis causa latitarit vollständig vorgelesen worden, obwohl nur die Anfangsworte in der Schrift Aufnahme gefunden hätten. Eine nochmalige Hervorhebung des Zusatzes: si boni viri arbitratu non defendetur sei überflüssig gewesen, weil derselbe aus der einmaligen Recitation hinlänglich im Gedächniss geblieben, besonders da die beiden letzten Clauseln als augenscheinlich unanwendbar völlig übergangen worden seien. Auch sei nicht zu übersehen, dass es schlechthin heisse: Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit, nicht: ut absentem eum nemo iudicio

---

23) Darüber Keller. l. c. p. 49.

24) Richter's Jahrbücher 12. Bd. S. 976 ff. Pfandr. S. 286 ff.

defenderit. Es sei völlig willkürlich, aus diesem indefensus gleich einen absens indefensus zu erschaffen.

Diesen Argumenten gegenüber bitte ich Folgendes in Betracht zu ziehen. Nur wer mit vorgefasster Meinung an das cap. 28. herangeht, wird in den Worten „reliquum est" eine absichtliche Trennung des dadurch Eingeleiteten von dem Vorhergehenden, und die Hervorhebung eines ganz neuen Punktes finden können. Es wird dadurch vielmehr die begonnene Aufzählung vollendet, und ein letzter coordinirter Fall den früheren angereiht, ein Fall, der auch im Edict erst auf jene früheren folgt (Ex edicto autem non potuisse bona possideri, demonstravi: quod neque fraudandi causa latitasset, neque exsilii causa solum vertisse diceretur. Reliquum est, ut eum nemo iudicio defenderit). Die besondere Zusammenstellung der für die defensio geltend gemachten Gründe ist auch für den, welcher jene vierte Clausel annimmt, sehr natürlich. Dass Quinctius abwesend gewesen, wollte Cicero gar nicht läugnen. Er musste desshalb seine ganze Beweisführung darauf concentriren, dass Quinctius während jener Abwesenheit gehörig vertheidigt worden sei. Wie kann Bachofen ferner die Erörterung eines Nebensatzes der ersten Clausel einen ganz neuen Punkt nennen? Er ist doch wohl weniger neu, als die Hervorhebung der ferneren Edictsclauseln. Wäre Cicero wirklich nur durch den Zusatz der ersten Clausel auf die gehörige defensio gekommen, so hätte er doch zur Darlegung seines Gedankenganges irgendwie andeuten müssen, dass selbst unter Voraussetzung der latitatio Naevius, eben wegen der gehörigen Vertheidigung des Quinctius, nicht ex edicto habe besitzen können. Darf man auch wohl einem Redner, wie Cicero, zutrauen, dass er zunächst von der ersten Edictsclausel spricht, dann von zwei anderen, und schliesslich ohne ein hinweisendes Wort noch mit einem Zusatze der ersten hintennach hinkt? Durch ein so unerwartetes und ungeschicktes Verfahren hätte er auch Zuhörer, die mit dem Inhalt des Edicts ganz genau vertraut waren, wie C. Aquillius, vorerst von der ruhigen Aufmerksamkeit auf seine Rede ableiten müssen, indem nach der Art, wie er die erste Clausel erwähnte, vernünftiger Weise jeder annehmen musste, damit sei es nun vollständig abgethan, und es komme nun Etwas, was mit dem

Vorhergehenden in keiner Beziehung mehr stehe. Auch entbehrt die Unterstellung, wozu sich Bachofen veranlasst sieht, dass von den erwähnten Edictsabschnitten mehr vorgelesen sei, als in die Schrift Aufnahme gefunden habe, jeglichen Anhalts. Man muss desshalb annehmen, dass Cicero, indem er nach den Worten: Non est is Quinctius: nisi si latitant, qui ad negotium suum, relicto procuratore, proficiscuntur zu einer neuen Clausel übergeht, die vorige definitiv abgethan hat, wie er es eben so mit den beiden folgenden macht. Nimmt man aber eine Clausel: Qui absens iudicio defensus non fuerit an, so schliesst sich das Folgende auf das Ungezwungenste an. Dabei ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die gehörige Vertretung zu dieser Clansel in einem etwas anderen Verhältniss steht, wie zu der die latitatio betreffenden. Hier ist die latitatio für sich allein der wahre Grund der possessio und venditio bonorum, und es tritt nur eine Ausnahme von dieser regelmässigen Wirkung ein, wenn sich eine gehörige Vertretung des latitans findet. Bei der Clausel: Qui absens iudicio defensus non fuerit gehört aber der Mangel einer gehörigen Vertretung mit zum Grundgedanken derselben. An und für sich kann die absentia unmöglich Grund eines so ausserordentlichen Rechtsmittels, wie die bonorum possessio und venditio, sein. Dazu qualificirt sich nur die Abwesenheit ohne Hinterlassung einer gehörigen Vertretung. Dieser verschiedene begriffliche Zusammenhang, worin die gehörige Vertretung mit den beiden Clauseln steht, drückt sich auch in der Form aus. Es heisst nicht etwa: Qui absens fuerit, si boni viri arbitratu non defendetur, wie bei der Clausel über die latitatio, sondern der Mangel der defensio wird in den die causa der prätorischen Verheissung angebenden Haupsatz selbst mit aufgenommen. Jetzt begreift man leicht, wie Cicero nach Anführung der Clausel gleich zum Beweis der gehörigen Defension übergehen konnte; denn dass der Quinctius absens gewesen, konnte und wollte er ja nicht bestreiten. Wenn aber Bachofen endlich von der Auslassung des Worts absens in jener summarischen Uebersicht der peroratio einen Einwand hernehmen will, so wird man darauf nach Vergleichung der ganzen Reihe der oben von mir citirten Stellen, in denen die absentia stets erwähnt ist, kein Gewicht legen.

Cicero recapitulirt mit den Worten „reliquum est“ das, was er früher des Breiteren ausgeführt hatte, und brauchte hier kein Missverständniss zu fürchten. Kommt doch auch zwischen allen jenen Stellen abwechselnd wohl eine vor, in der das Wort absens ausgelassen ist, z. B. c. 20: — conaris hoc dicere, neminem exstitisse, qui Quinctium iudicio defenderet? und c. 11: Quid deinde fit? Alfenus, ut omnes intelligere possent, iudicio defendi Quinctium, — — — viros bonos complures advocat.

Der zweite Vertheidiger der Ansicht, welche uns hier beschäftigt, Dernburg [25]), beruft sich für dieselbe darauf, dass Cicero namentlich im ersten Theile seiner Vertheidigung überall darauf Bedacht nehme, die für die Fraudation sprechenden Gründe wegzuräumen, woraus hervorgehe, dass Naevius sich auf latitatio berief. Dann ist es aber doch sehr auffallend, wie es Dernburg selbst nicht entgangen zu sein scheint, dass Cicero alles dieses nicht im zweiten Theile vorbringt, vielmehr sich wohl hütet, dort noch einmal auf den Beweis zurückzukommen, eine latitatio sei nicht vorhanden gewesen. Zur Erklärung dieses befremdlichen Umstandes bietet uns Dernburg nichts, als die Bemerkung, Cicero habe da, wo er von der Existenz der Forderung gesprochen, als kluger Redner auch den Gegenbeweis, dass ein Betrug nicht vorhanden sei, angeknüpft. Es ist mir daraus nicht einleuchtend geworden, welchen Gewinn Cicero von dem Manöver gehabt haben soll, einen Punkt, welcher der vorausgeschickten Disposition nach in den zweiten Theil gehörte, in den ersten zu verlegen. Ueber den heiklen Punkt leicht hinwegschlüpfen konnte er dort so gut, wie hier, und es musste jedenfalls einen noch ungünstigeren Eindruck machen, wenn er an der Stelle, wohin er gehörte, ganz darüber schwieg. Aber der Gedankengang Cicero's im ersten Theile seiner Rede ist auch nicht so, wie Dernburg ihn darstellt. Der Redner konnte nicht in Abrede stellen, dass wegen Bruch des vadimonium der Gläubiger nach strengem Recht auf missio in bona antragen kann [26]). Er hält dem Naevius nur vor, dass es gegen alle

25) a. a. O. S. 64—68.

26) c. 18: Non dubitavi, inquit, cum vadimonium desertum esset, bona proscribere. Improbe: verum, quoniam tu id tibi arrogas, et concedi postulas, concedamus,

Billigkeit und gute Sitte verstosse, gleich zu einem solchen äussersten Mittel zu greifen. — An dem fortwährend im zweiten Theile gebrauchten Ausdruck absens nimmt Dernburg keinen Anstoss; einestheils könne die Nebenclausel, auf die sich Cicero berufe, zu seiner Zeit eine entsprechende Fassung gehabt haben, andererseits nenne natürlich der Vertheidiger den, welchen der Kläger als einen latitans darstelle, immer einen absens. Allein die Voraussetzung, dass Cicero zu seinen Ausführungen über die defensio durch den Nebensatz der den latitans betreffenden Clausel veranlasst sei, ist, wie wir schon früher sahen, unrichtig.

Warum, fragt Dernburg endlich, hätte Naevius Gläubiger zu Zeugen aufführen müssen, welche behaupteten, ihr Schuldner habe latitirt, wenn er sich nicht auf latitatio, sondern auf das Factum der Abwesenheit stützte? Auch zur Beantwortung dieser Frage können wir auf Früheres zurückverweisen. Die missio ward in rem ertheilt. Desshalb kam es für die Gültigkeit des späteren Verfahrens nicht mehr auf die Person des ersten Postulanten an, wenn nur in der Person eines der übrigen theilnehmenden Gläubiger während der erforderlichen Zeit eine causa der possessio vorhanden war. Das ist ein Hauptgrund, welcher Cicero veranlasste, kurz darauf hinzuweisen, dass keiner der übrigen Gläubiger mit der Behauptung einer solchen causa aufgetreten sei; es ist auch der Grund, wesshalb die Bedingung der zwischen Naevius und Quinctius abgeschlossenen sponsio ganz allgemein und ohne Beziehung auf die Person des Naevius abgefasst ist (c. 8: jubet P. Quinctium sponsionem facere: Si bona sua ex edicto P. Burrieni Praetoris dies XXX possessa non essent).

Auch Hartmann behandelt in seiner Schrift über das römische Contumacialverfahren eingehend die Frage, ob aus der Quinctiana ein Beweis für den Satz, dass gegen jeden nicht gehörig vertretenen absens b. possessio und venditio zulässig gewesen, geschöpft werden könne. Zu einem verneinenden Resultate gelangt auch er, aber auf einem von dem seiner Vorgänger ganz abweichenden Wege. Er erkennt die von Hotoman restituirten Worte: Dici id non potest. Qui absens iudicio defensus non fuerit. Ne id quidem, ohne Weiteres als richtig

an [27]), will ihnen aber nicht den Sinn unterlegen, welchen Keller in ihnen gefunden: denn wenn Cicero im ersten Theile seiner Rede davon ausgehe, dass die einfache absentia des Schuldners keinen Rechtsgrund für die missio cum effectu venditionis bilde, so könne er nicht gleich hinterdrein ein Edict citiren, welches das directe Gegentheil sage [28]). Dieser Einwand hängt mit der im Früheren dargestellten Ansicht Hartmann's über das Verhältniss des ersten und zweiten Theiles der Vertheidigung zusammen, und findet seine Widerlegung in dem Umstande, dass Cicero im ersten von den Voraussetzungen der ersten postulatio, und im zweiten von dem Rechtsgrund der späteren possessio, von der Frage, ob eine possessio ex edicto vorhanden gewesen, spricht. Hartmann führt dann weiter aus, dass es auch aus andern Gründen geboten sei, jenes Edict in einem bedeutend engeren Sinne zu verstehen, als den es auf den ersten Blick zu haben scheine. Verstehe man es nämlich so, wie die herrschende Meinung es wolle, so umfasse es ja mindestens den Fall der latitatio und des vadimonium desertum. Dann müsse man aber fragen, warum der Prätor sich mit der Aufzählung dieser verschiedenen irrelevanten Einzelnheiten bemühe, und nicht, wie es z. B. Puchta [29]) thue, eine allgemeine Bestimmung über die indefensi aufstelle. Wäre wirklich gegen jeden absens dasselbe Verfahren, wie gegen den latitans eingetreten, so würden die ausführlichen Untersuchungen der römischen Juristen über die Erfordernisse der latitatio völlig überflüssig gewesen sein, und die bonorum venditio in Folge der latitatio hätte nicht anderen venditiones als eine besondere Art gegenübergesetzt werden können, wie es z. B. in L. 7. § 5. D. quib. ex causis (42, 4) geschehe.

Darf man denn aber mit Hartmann annehmen, dass der Prätor in derselben Weise hätte verfahren können, wie die ausgebildete Wissenschaft es thut? Diese kann in den vorliegenden positiven Einzelnheiten das Gemeinsame aufsuchen, aus denselben ein Princip abstrahiren und mit demselben weiter operiren.

---

27) S. 24.

28) S. 36 ff.

29) Institutionen Bd. II. § 160 vor Note w.

Wenn aber nicht einmal die römische Jurisprudenz so abstrahirend verfuhr, wie die moderne Wissenschaft, wie viel weniger war dies dann einem rechtsbildenden Organe, wie dem Prätor, möglich? Er stellt seine Bestimmungen auf, wie das jeweilige Bedürfniss des Rechtslebens es erfordert, und so sehen wir überall, dass durch seine Thätigkeit nicht sofort fertige allgemeine Principien geschaffen werden. Unsre heutige Wissenschaft versucht es z. B., die zahlreichen Fälle der restitutio maiorum auf einen allgemeinen Begriff zurückzuführen, indem sie sagt, die Restitution werde überall ertheilt, wo sich der Verlust eines Rechts dadurch ereigne, dass der Berechtigte durch ein äusseres Hinderniss abgehalten werde, die Handlungen vorzunehmen, wodurch er den Verlust verhütet haben würde. Im Edict dagegen finden wir eine ganze Reihe von einzelnen Fällen aufgestellt, und schliesslich noch die clausula generalis hinzugefügt. Alle diese einzelnen Anwendungen werden dann von den Juristen auf das genauste interpretirt, nirgends aber versuchen sie aus denselben ein ähnlich lautendes Princip, wie es von unsren heutigen Juristen aufgestellt wird, zu abstrahiren.

Die einzelnen bei Cicero aufgeführten Clauseln des Edicts über die indefensi sind wahrscheinlich nicht zu gleicher Zeit proponirt worden. Dawider spricht schon die Anordnung. Die Clausel über den absens ist von der ihr am nächsten verwandten über den latitans durch die fremdartigeren: cui heres non exstabit und: qui exsilii causa solum verterit getrennt [30]). Es ist nicht unwahrscheinlich, dass es ursprünglich nur ein Edict über den latitans gab. Als aber mit der Ausbreitung der römischen Herrschaft und mit dem stärker werdenden Verkehr nach aussen immer häufiger Fälle von Abwesenheit vorkamen, in welchen man kein absichtliches Meiden der Gläubiger finden konnte, machte sich das Bedürfniss geltend, auch hier dasselbe Verfahren eintreten zu lassen; denn die Benachtheiligung der Gläubiger war in jenen Fällen ganz dieselbe, wie bei der latitatio. Hartmann [31]) meint, die bonorum venditio gegen den

30) Aus dem Text ergiebt sich, dass man nicht mit Dernburg a. a. O. S. 64. Anm. 23 wegen der unsystematischen Anordnung der Clauseln die über die absentia verwerfen darf.

31) a. a. O. § 3.

absens würde namentlich wegen der dadurch herbeigeführten Infamie eine unnöthig grausame Massregel gewesen sein. Allein das ältere römische Recht enthält Manches, was uns als grausam erscheint. Man denke nur an das strenge Schuld- und Executionsrecht. Auch wird sich im praktischen Leben die Sache milder gestaltet haben, als man nach dem Buchstaben des Rechts voraussetzen sollte. Aus Cicero's Aeusserungen können wir schliessen, dass schon zu seiner Zeit jeder billig denkende Mann sich nur im äussersten Nothfalle zur Geltendmachung jener „extrema et inimicissima iura" entschloss. Sollten es aber die Römer, die so hohes Gewicht auf die fleissige und prompte Besorgung auch der eignen Geschäfte legten, nicht für eine ihrer unwürdige Handlungsweise gehalten haben, wenn Jemand, ohne vorher für die gehörige Besorgung seiner Angelegenheiten in der umfassendsten Weise Sorge getragen zu haben, seinen Wohnort auf längere Zeit verliess? Verdient nach ihrem Begriffe derjenige, der seine Angelegenheiten mit so gewissenlosem Leichtsinn behandelte, in Zukunft noch die Berechtigung, für die allgemeinen Staatsangelegenheiten mitzuwirken? Wenn nun aber anzunehmen ist, dass die Clauseln über den latitans und über den absens nicht zugleich entstanden sind, und wenn ferner feststeht, dass jede dieser Clauseln ihr besonderes Gebiet von Fällen normirt, so darf man sich nicht wundern, dass Ulpian eine ausführliche Untersuchung über die Erfordernisse der latitatio anstellt. Wenn dabei solche Aeusserungen vorkommen: in ea tamen erit causa, ne h i n c possideri bona eius possint, so wird dadurch nur angedeutet, dass in dem betreffenden Falle hinc d. h. auf Grund der die latitatio betreffenden Clausel des Edicts keine venditio stattfinden könne, wobei es noch ganz dahingestellt bleibt, ob nicht jene Folge doch auf Grund einer andern Edictsclausel eintreten könne.

Endlich will Hartmann aus den Worten der Clausel selbst darthun, dass sie sich nicht auf die einfache Abwesenheit ohne Vertretung beziehen könne. Er behauptet, dass bei dieser Beziehung der Zusatz „iudicio" überflüssig, ja falsch sein würde; denn derselbe setze voraus, dass eine Vertheidigung durch ein iudicium erforderlich sei. Man könne Jemanden aber auch auf mancherlei andere Weise vertheidigen, z. B. dadurch, dass man

der behaupteten Verbindlichkeit nachkomme. Wenn der Prätor von einer Klage spreche, die überhaupt erst erhoben werden solle, so setze er nie ohne Weiteres das iudicio defendi als nothwendig voraus, sondern seine Ausdrücke seien dann allgemeiner. Es dürfe also das Edict nur auf solche Fälle bezogen werden, in denen es bereits feststehe, dass Jemand durch ein iudicium vertheidigt werden müsse, derselbe aber demungeachtet abwesend und ohne Vertheidigung sei. In Folge eigner Anerkennung des Beklagten sei dies der Fall, wenn derselbe eine cautio iudicio sisti bestellt habe. Das in L. 2. pr. D. quib. ex causis (42, 4) befindliche Edict sei also jedenfalls in der Clausel: Qui absens iudicio defensus fuerit mit enthalten, wofür auch der Umstand spreche, dass demselben in der Aufzählung Cicero's, die offenbar vollständig sein solle, eben kein anderer Platz, als der erwähnte, bleibe. Die schwerere, gedrungenere Fassung sei später nur in eine leichtere, planere übergegangen [32]).

Nun ist es allerdings richtig, dass Jemand der Pflicht zum iudicio se defendere sich dadurch entziehen kann, dass er freiwillig erfüllt, oder einen Vergleich abschliesst u. s. w. Dennoch aber muss man sagen, dass Jemand, gegen den irgend ein klagbarer Anspruch behauptet wird, eventuell, wenn er nicht schlechthin nachgeben will, oder ein Vergleich mit dem Gegner nicht zu Stande kommt, zum iudicio se defendere verpflichtet ist. Gerade daran, dass er dieser Pflicht nicht nachkommt (secum agendi potestatem non facit), nicht etwa daran, dass er nicht freiwillig erfüllt, ist sowohl im Fall der latitatio, als der absentia, als des vadimonium desertum die Folge der missio in bona geknüpft. Ist es etwa in dem letztgenannten Fall anders, als in den übrigen? Steht es dem, welcher eine cautio iudicio sisti bestellt hat, nicht ebensowohl frei, durch Erfüllung der vom Kläger behaupteten Verbindlichkeit die Sache zu erledigen? Nach Hartmann's Ansicht dürfte es in dem Pandektenedict nicht heissen: si neque potestatem faciet, neque defendetur, sondern: s. n. p. f., neque iudicio defendetur. Gerade für diesen Fall

32) Hartmann betrachtet nämlich die in L. 6. § 1. D. quib. ex causis erhaltenen Edictsworte als Fortsetzung des Edicts der L. 2. pr. ibid. Darüber später.

wird in L. 2. § 3. D. quibus ex causis in poss. (42, 4) das defendi so erklärt: Defendi autem videtur, qui per absentiam suam in nullo deteriorem causam adversarii faciet. Dass aber bei dem defendi schlechthin vorzugsweise immer an das iudicio defendi gedacht wird, zeigen L. 63. D. de iudiciis (5, 1):

Recte defendi hoc est, iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione;

und L. 5. § 3. D. quib. ex causis in poss. 42, 4:

Recte defendi quid sit, videamus, utrum tantum copiam sui facere et ad suscipiendum iudicium paratum esse, an vero et satisdare omnimodo.

Endlich mag auch nicht unbemerkt bleiben, dass der Ausdruck absens für die Beziehung, welche Hartmann ihm giebt, ein viel zu allgemeiner ist; denn geht man bei Erklärung des Ciceronianischen Edicts davon aus, dass absens der sei, qui in iure non est, a tribunali abest, so umfasst das Wort doch immer weit mehr Fälle, als Hartmann darunter begreift, z. B. den latitans, und den, welcher trotz geschehener Ladung nicht vor Gericht erscheint. Dass das Wort aber vorzugsweise den bedeute, welcher an dem Ort nicht erscheint, auf welchen das vadimonium lautete, lässt sich durch kein Zeugniss nachweisen.

Bislang haben wir nur untersucht, was sich aus der oratio pro Quinctio über die Folgen der absentia ohne Vertretung ermitteln lässt, und sind zu dem Resultat gekommen, dass sich auch für jene eine Clausel im Edicte fand, welche possessio und venditio bonorum anordnete. Wie verhalten sich nun dazu die eigentlichen Rechtsquellen? Gegen den Satz, dass diese jenes Resultat bestätigen, könnte von vorn herein der Umstand misstrauisch machen, dass die Pandekten wohl ein solches Edict über die latitatio, aber keines über die absentia enthalten. Allein dieser ungünstige Schein wird verschwinden, wenn man die spätere Entwicklung des Instituts der bonorum venditio berücksichtigt, von welcher wir demnächst wenigstens beiläufig sprechen werden. Zunächst wende ich mich nun zu der Betrachtung der Stellen, wodurch der positive Beweis geführt werden soll, dass der Ansprecher bei einfacher absentia des Gegners nicht das Recht des Verkaufs habe erlangen können, und zwar halte ich mich dabei an die von Hartmann, als dem neusten

und entschiedensten Vertheidiger dieser Ansicht angezogenen Stellen [33]).

In L. 1. § 1. D. ex quibus causis maiores (4, 6) wird auch demjenigen eine in integrum restitutio versprochen, welcher seinen Gegner wegen dessen Abwesenheit (cum absens non defenderetur) nicht belangen konnte, und in Folge davon, z. B. durch Usucapion des Gegners, sein Klagrecht verlor. Diese Restitution würde nicht möglich gewesen sein, argumentirt Hartmann, wenn dem Kläger das Recht der bonorum venditio zugestanden hätte. Denn damit würde er ein Mittel gehabt haben, sich vor Eintritt des Verlustes seine Befriedigung zu verschaffen. Die Restitution sei aber eine ausserordentliche Rechtshülfe, und trete nur ein, wenn das ordentliche Recht keine Abhülfe verschaffe. Allein beide Fälle, sowohl der der latitatio, als der der absentia, stehen sich darin gleich, dass gegen sie im ordentlichen Rechte keine Abhülfe gegeben war. Desshalb trat eben der Magistrat vermöge seines imperium in's Mittel. Das iubere possidere, mag nun die bonorum venditio darauf folgen oder nicht, ist ebensowohl ein auf dem imperium des Magistrats beruhendes extraordinarium auxilium, als die in integrum restitutio [34]). Nun heisst es aber in L. 16. pr. D. de minoribus (4, 4): In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte a l i a a c t i o possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si c o m m u n i a u x i l i o e t m e r o i u r e m u n i t u s s i t, non debet ei tribui extraordinarium auxilium *rel.*

Ferner kann man aber auch gar nicht sagen, dass derjenige, welcher in Folge der bonorum venditio befriedigt wird, dasselbe erlangt, was er erlangt haben würde, wenn er seine Klage gegen den Schuldner selbst hätte durchführen können. Denn diesem letzteren ist immer noch die Möglichkeit gegeben, das ganze Verfahren wegen vorgeblichen Mangels irgend einer nothwendigen Voraussetzung als nichtig anzufechten. Durch einen

---

32) a. a. O. S. 48 ff.

33) L. 26. D. ad municipalem (50, 1): Ea quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere possidere *rel.*

Prozess mit dem Schuldner selbst würde es der Gläubiger zu einer sicheren res iudicata gebracht haben.

Endlich wird die Restitution nicht bloss gegen den absens versprochen, sondern auch dann, wenn der Gegner secum agendi potestatem non facit. Darunter soll nun nach Hartmann's Behauptung der latitans nicht mitbegriffen sein. Wie reimt es sich aber dazu, wenn er unmittelbar darauf äussert, das secum agendi potestatem non facere sei zwar allemal im fraudationis causa latitare enthalten, nicht aber umgekehrt das letztere im ersteren? Mag das secum agendi potestatem non facere immerhin weniger Voraussetzungen auf Seiten des Beklagten haben, als das latitare, daraus folgt nur, dass der Prätor, indem er den ersteren Ausdruck gebrauchte, nicht bloss gegen den latitans, sondern auch gegen andere Personen, die ebenfalls secum agendi potestatem non faciunt, restituiren will; keineswegs aber, dass er nicht gegen den latitans, sondern nur gegen diese anderen Personen restituiren will. Das secum agendi potestatem non facere ist ja allemal im latitare enthalten, und an diese Bedingung hat der Prätor seine Verheissung geknüpft. Hartmann muss selbst zugeben, dass der Prätor in einem anderen Edicte, nämlich dem in L. 2 pr. D. quib. ex causis in poss. in dem potestatem sui non facere die latitatio mit umfasst hat. Nichts destoweniger soll seine Ansicht für das Edict über die in integrum restitutio von Ulpian in L. 23. § 4. D. ex quibus causis maiores (4, 6) bestätigt sein:

> Deinde adiicit Praetor: secumve agendi potestatem non faceret, ut, si, dum hoc faciat, per usum acquisitio impleta, vel quid ex supra scriptis contigit, restitutio concedatur; merito. Nec enim sufficit semper in possessionem bonorum eius mitti, quia ea interdum species esse potest, ut in bona latitantis mitti non possit, aut non latitet *rel.*

Diese Stelle soll die Restitution im Falle der latitatio ausschliessen; denn Ulpian stelle in derselben die missio in bona schlechthin, und die missio in bona latitantis einander gegenüber, und beziehe die Restitution nur auf den Fall, wo diese missio in bona latitantis nicht eintreten könne. Ich muss gestehen, dass ich in der Stelle keine Andeutung einer solchen Gegenüberstellung finden kann. Vielmehr werden solche Fälle,

in denen eine missio in bona stattfinden kann, und solche, in denen sie nicht möglich ist, einander gegenüber gestellt, wie sich aus den hinzugefügten Beispielen ergiebt. Der Gedankengang unsrer Stelle ist überhaupt folgender: Ulpian will recht klar machen, dass gegen die, qui secum agendi potestatem non faciunt, mit Recht Restitution ertheilt werde. Die missio in bona reiche nicht aus: non sufficit semper, in possessionem bonorum eius mitti. Durch das „eius" ist offenbar der bezeichnet, qui secum agendi potestatem non facit. Dafür wird dann angeführt, dass zuweilen auch Fälle vorkämen, wo die missio in bona selbst gegen den latitans nicht anwendbar sei, oder wo keine latitatio vorläge. Es wird also das latitare mit unter das secum agendi potestatem non facere subsumirt, ja als der häufigste Fall desselben vorausgesetzt (quia ea interdum species esse potest, ut — — — non latitet). Von einem Gegensatze zwischen dem latitans und dem absens finden wir in der Stelle keine Spur. Mit dem letzteren hatte Ulpian sich schon da, wohin er gehörte, nämlich bei der Clausel: cum absens non defenderetur abgefunden [34].

Wir kommen jetzt zu derjenigen Stelle, welche beim ersten Anblick am stärksten für die Hartmann'sche Ansicht spricht, zu L. 21. § 2. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). In der Gestalt, in welcher uns diese Stelle in den Pandekten vorliegt, sagt sie allerdings, dass wegen absentia nur eine missio in bona stattfinden könne. Ausserdem will Hartmann hier einen Beweis dafür finden, dass die Restitution gegen einen latitans gerade desshalb nicht eintrete, weil gegen diesen die missio mit dem Verkaufsrechte stattfinde. Das Letztere steht nun in der Stelle auch bei ihrer jetzigen Gestalt nicht. Die Billigkeit der Restitution gegen den absens wird daraus hergeleitet, dass der Gegner Niemand habe, den er belangen könne, und um zu zeigen, dass ausserordentliche Schutzmittel gegen indefensi

34) Ebenso versteht die Stelle Savigny, System Bd. VII. S. 181, bezüglich dessen Hartmann ohne Grund voraussetzt, dass er nur durch die herrschende Ansicht über die Gleichstellung des absens und latitans zu jener Auslegung veranlasst sei. Vergl. auch Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 179.

nichts Neues und Unerhörtes seien, wird dann auf die missio in bona Bezug genommen.

Meiner Ueberzeugung nach hat nun aber Ulpian den Schluss der Stelle, wie er uns jetzt vorliegt, gar nicht geschrieben. Die Interpolation lässt sich auf doppelte Weise darthun: sowohl durch den Inhalt, als durch die Form. Es ist nämlich die hier ausgedrückte Rechtsfolge der latitatio eine ganz andere, als im classischen Rechte. Das seit der früheren Kaiserzeit für Personen senatorischen Standes zulässige Verfahren, wonach das Vermögen des Schuldners durch einen Curator im Einzelnen verkauft wurde, und die Gläubiger aus dem Erlöse soweit als möglich ihre Befriedigung erhielten, wurde bekanntlich später das allgemeine Verfahren. Mit dem Verfall des alten Prozesses verschwand auch die bonorum venditio in ihrer früheren Gestalt. Von Universalsuccession eines bonorum emptor, gegen den die Gläubiger ihre Forderungen geltend zu machen haben, ist nicht mehr die Rede. Die Gläubiger werden in das Vermögen nur so weit eingewiesen, als es dem Betrage der Forderungen gemäss zu ihrer Befriedigung erforderlich ist. Dabei scheint man auch den absens milder behandelt zu haben, als den latitans, indem man gegen den ersteren nicht einmal mit dem Verkauf der einzelnen Sachen vorschritt [35]). Dieser Verkauf fand überhaupt erst nach gewissen Fristen statt, welche aber nicht mehr die bei der alten bonorum venditio geltenden sind. Vielmehr setzte Justinian in L. 10. § 1. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis (7, 72) [36]) längere Fristen fest, um Gläubigern,

35) Dass nur das Edict über den latitans, und nicht das über den absens in die Digesten aufgenommen ist, findet seine Erklärung theils darin, dass die latitatio der praktisch wichtigste und am häufigsten vorkommende Fall war (L. 7. § 2. D. quib. ex causis: et est frequentissima haec causa possessionis, nam in usu latitantium bona possidentur), theils aber auch darin, dass sie doch noch zu einem Verkauf, wenn auch nur der einzelnen Sachen, führte.

36) Ut autem non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitis alacriores creditoribus aliis ostenduntur fuisse, praegraventur, tunc communionem habere in possessione rerum alios creditores, quum praesentes quidem in una eademque degentes provincia, in qua et possessores rerum commorantur, intra duorum annorum spatia, absentes autem intra quadriennium creditoribus possessionem antelato modo detinen-



welche sich noch nicht gemeldet, den Beitritt offen zu erhalten. Die eingetretene Veränderung giebt sich auch im Sprachgebrauch kund. Für die Veräusserung im Einzelnen durch den Curator wird in genauerer Rede nicht der Ausdruck bona vendere, sondern bona distrahere gebraucht [37]). Die ursprüngliche Bedeutung von distrahere auseinanderziehen, zertheilen, erklärt jenen abgeleiteten Sprachgebrauch sehr gut. Mit Recht hat Stieber darauf aufmerksam gemacht, dass die sehr wenigen Stellen, wo der Ausdruck bona distrahere für einen Verkauf des Vermögens im Ganzen angewendet scheine, entweder interpolirt oder aus späterem nachlässigen Sprachgebrauch zu erklären seien. Die Compilatoren haben denn auch den aus den Gaianischen Institutionen herübergenommenen § 1. I. de hered. qual. et diff. (2, 19) ganz dem neueren Rechte gemäss geändert. Während die Stelle bei Gaius II. § 154 folgendermassen lautet: ut, si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, lesen wir in den Justinianischen Institutionen: ut, si creditoribus satis non fiat, potius eius heredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur vel distrahantur vel inter eos dividantur. Auch in dem Folgenden ist jede bei Gaius hervortretende Beziehung auf die eigentliche bonorum venditio ausgemerzt So sind die bei Gaius § 155 vorkommenden Worte: sive ante bonorum possessionem, sive postea ausgelassen; weil die spätere distractio bonorum allmählich vor sich gehen konnte, und kein einmaliger, juristisch untheilbarer Act war.

Auch in unsrer L. 21. § 1. cit. deuten die Worte: bona distrahantur auf Interpolation hin. Aber noch mehr als der Inhalt der Stelle verräth der Stil derselben die Compilatoren. Es lässt sich noch der Punkt erkennen, von welchem an sie die Worte Ulpian's geändert und statt derselben die ihrigen lose und nachlässig angeflickt haben, nämlich von eo potius an: quod

---

tibus suum debitum certum faciant — — —. Post completum autem tempus nullam eis esse licentiam eos, qui possessionem adepti sunt, molestare vel aliquibus damnis sufficere.

37) Stieber, de bonorum emtione p. 11 sqq. Bachofen, Pfand recht S. 299.

eorum, qui non defenduntur, si quidem latitent, Praetor ex edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut, si res exegerit, etiam distrahantur; si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti. Eine solche Unbehülflichkeit und Nachlässigkeit, wie sie namentlich in dem eorum, qui — — in bona eorum mittere, und dann in dem Ueberspringen von in bona mittere zu in bona mitti liegt, kann dem Ulpian nicht zugeschrieben werden.

Eine weitere Bestätigung seiner Ansicht findet Hartmann in L. 7. § 17. D. quib. ex causis, in welcher die missio in bona absentis und die missio in bona latitantis in folgender Weise einander scharf entgegengesetzt sein sollen. Im Fall der Abwesenheit des Besitzers einer Sache, welche ein Anderer vindiciren wolle, sei es nach des Celsus Meinung bequemer, sich in die possessio rei, nicht aber bonorum einweisen zu lassen; denn die missio in das gesammte Vermögen belaste ihn doch nur mit der custodia über dasselbe, ohne ihm das Verkaufsrecht zu gewähren. Wenn aber der Beklagte latitire, so sei die missio in bona vortheilhafter, weil sie das Verkaufsrecht gewähre. Dass dieser Gegensatz dem Celsus vorgeschwebt, ergebe sich auch aus der ausdrücklich von Ulpian hinzugefügten Bemerkung: hoc adnotandum est, Celsum consultum non de latitante, sed de absente. Allein dass die beiden Juristen jenen Gegensatz nicht gemacht haben, geht aus dem unmittelbar darauf folgenden § 18 hervor, dem zufolge Celsus dasselbe, was er für die rei vindicatio und für den Fall der absentia des Besitzers angenommen, auch für die hereditatis petitio und den Fall der latitatio des Beklagten billigt. Nach Hartmanns Behauptung liegen freilich der Stelle ganz andere Gesichtspunkte zu Grunde. Celsus, meint er, spreche hier nicht, wie im vorhergehenden Falle mit den Worten: commodius se existimare, eine allgemeine Rechtsregel aus, sondern sage nur, es könne viel bequemer sein, sich auch gegen den Latitirenden mit einer missio in die von demselben besessenen Erbschaftssachen zu begnügen; weil factisch in den allermeisten Fällen weder ein Ueberschuss beim Verkauf seines Vermögens zu erwarten, noch anzunehmen sei, dass er die Klage, gegen welche er sich jetzt verberge, später selbst veranlassen werde. Wenn man aber unbefangen beide Paragraphen vergleicht,

so wird man m. E. doch zu dem Resultat kommen müssen, dass Celsus mit den Worten: commodissime fieri posse dasselbe sagen will, was er im vorhergehenden Paragraphen durch die Worte: commodius se existimare ausgedrückt hat. Auch hat das Wort commode hier nicht sowohl die Bedeutung bequem, als vielmehr die: zweckmässig, angemessen. Die römischen Juristen bedienen sich derartiger Wendungen, wenn sie eine vom geltenden Rechte abweichende, zuerst von ihnen oder anderen vertretene Ansicht vorbringen [38]). Celsus hatte das in unsrem Falle gethan. Da aber die Aussprüche älterer Juristen, ein Rescript Hadrian's und die Praxis der neuen Ansicht nicht günstig waren, so geht Ulpian vorsichtig nicht über den wörtlichen Inhalt von Celsus' Entscheidung hinaus. So erklärt sich seine Bemerkung: Hoc adnotandum est, Celsum consultum non de latitante, sed de absente.

Wir wenden uns jetzt zur Erörterung der Stellen unsrer Rechtsquellen. welche zu dem Beweise benutzt werden können und benutzt worden sind, dass die einfache absentia ebenso, wie die latitatio, zur bonorum venditio führt. Wenn es deren nicht viele giebt, so erklärt sich das genügend aus dem späteren veränderten Rechtszustande, wonach, wie wir aus der interpolirten L. 21. § 2. D. ex quib. caus. mai (4, 6) ersehen, im Fall der absentia nicht einmal mehr Verkauf der einzelnen Vermögensstücke, sondern nur missio in bona zulässig war. Das vollgültigste Zeugniss für unsre Ansicht würden wir haben, wenn Gaius III. 78. wirklich von dem Falle der einfachen absentia redete. Seine Worte sind: Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur. Stieber [39]), Zimmern [40]) und Keller [41]) haben denn auch angenommen, dass hier neben der latitatio in den Worten: nec absentes defenduntur auch die einfache Abwesenheit erwähnt sei. Dagegen beziehen Dernburg und Hartmann Gaius'

---

38) Vergl. z. B. L. 1. § 37. D. depositi (16, 3). L. 41. pr. D. de evict. (21, 2). L. 18. pr. D. de test. mil. (29, 1). L. 12. pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5).

39) l. c. pag. 41.

40) Geschichte des röm. Privatrechts III. S. 240 Anm. 3.

41) Semestr. p. 49.

Worte nur auf die latitatio. Was Hartmann [42]) dafür anführt, ist nicht ohne Schein. Das Subject der beiden durch nec verbundenen Prädicate, sagt er, sei offenbar ein und dasselbe, und man müsse also übersetzen: Die Güter derjenigen werden verkauft, welche sich betrüglicher Weise verborgen halten und während ihrer Abwesenheit nicht vertheidigt werden [43]). Man würde Hartmann hierin beistimmen können, wenn bei Gaius nur stände: qui fraudationis causa latitant nec defenduntur. Durch Hinzufügung des „absentes“ würde sich Gaius, nachdem er unmittelbar vorher durch „latitant“ dasselbe ausgedrückt, eine unerträgliche Wiederholung haben zu Schulden kommen lassen. Ferner müsste, da man auch am Ort der Klage latitiren kann, das Wort absens hier in einem Sinne genommen werden, den es regelmässig nicht hat, nämlich im Sinne der Abwesenheit von der Gerichtsstätte. Wenn wir von den Fällen der extraordinaria cognitio im engeren Sinne absehen, so ist absens derjenige, welcher am Ort der Klage, also namentlich in Rom, nicht gegenwärtig ist, und diese Definition des absens ist auch in den Titel de verborum significatione aufgenommen [44]). Auch in dem in L. 1. § 1. D. ex quib. causis maiores (4, 6) erhaltenen Edictsabschnitte hat die absentia diese Bedeutung; es wird dort mit den Worten: cum absens non defenderetur derselbe Zustand bezeichnet, welchen Gaius mit den Worten: nec absentes defenduntur ausdrücken will [45]). Aus L. 21. D. eod., wo jene Edictsworte commentirt werden, ergiebt sich, dass mit denselben alle unvertretenen Abwesenden gemeint sind, und dass die absentia als Restitutionsgrund ganz in derselben Bedeutung genommen wird, wie als Grund einer missio in bona. Dass der latitans endlich

---

42) a. a. O. S. 46.

43) Ebenso schon Bachofen in Richter's Jahrbüchern XII. S. 977 ff.

44) L. 173. § 1. L. 199. D. de verb. s. (50, 16). Vergl. auch L. 5. L. 6. D. de procuratoribus (3, 3): Praesens habetur et qui in hortis est, et qui in foro, et qui in Urbe, et in continentibus aedificiis.

45) Die römischen Juristen setzen das als ganz selbstverständlich voraus. Nur beiläufig ergiebt sich aus ihren Aeusserungen, dass sie die absentia in jenem Sinne nehmen. L. 5. § 1. D. ex quib. causis maiores (4, 5): Sed qui Romae reipublicae causa operam dant, reipublicae causa non absunt.



nicht unter die Clausel: cum absens non defenderetur, sondern unter die spätere: secumve agendi potestatem non faceret subsumirt wurde, geht, wie früher ausgeführt ist, aus L. 23 § 4. eod. hervor.

Allem diesem nach müssen wir annehmen, dass Gaius in den Worten: velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur die beiden so ähnlichen Zustände der latitatio und der absentia in einen kurzen Ausdruck zusammengefasst hat [46]).

Die Vertheidiger des Satzes, dass die absentia ohne Vertretung zur bonorum venditio führe, haben eine weitere, indirecte Bestätigung desselben in mehreren Pandectenstellen gefunden, zunächst in L. 6. § 1. D. quibus ex causis in poss. Hier ist uns ein Stück einer Edictsstelle über die bonorum venditio erhalten, und es würde für die Entscheidung unsrer Frage sehr wichtig sein, wenn wir wüssten, aus welchem Zusammenhange dasselbe herausgenommen ist. Es wäre allerdings willkürlich, die Voraussetzung desselben gerade auf den Fall der einfachen absentia zu stellen. Ich vermuthe, dass die betreffenden Worte sich gar nicht an eine der Edictsclauseln über die causae der possessio und venditio bonorum anschlossen, sondern einen Theil der Edictsbestimmungen bildeten, welche die weiteren Stadien des Verfahrens bis zum wirklichen Verkauf regulirten; denn sie sagen allgemein, dass der Verkauf erfolgen solle, wenn eine (edictsmässige) possessio stattgefunden habe. Auch bei der Annahme eines solchen ursprünglichen Zusammenhangs jenes Stückes würde die darin hervorgehobene Ausnahme des rei publicae causa sine dolo malo absens beweisen, dass regelmässig

---

46) Bachofen hat in seinem Pfandrecht S. 284, 288 seine frühere Ansicht verlassen, und nimmt nun auch an, dass Gaius in seinen Worten zwei Fälle berühre, deren Verbindung durch den inneren Zusammenhang und ihre nahe Verwandtschaft gerechtfertigt werde. Anders will Dernburg a. a. O. S. 46, 47 die Hinzufügung des Worts absentes erklären. Er findet es wahrscheinlich, dass die Defension eines latitans ursprünglich nur dann gestattet gewesen, wenn derselbe sich ausserhalb Rom's befand. Gaius habe die Fassung der Clausel in Gemässheit älterer Edicte angegeben. Ein Grund für eine solche mildere Behandlung des abwesenden latitans wird nicht angegeben.



auch gegen einen absens bonorum venditio stattfand. In Uebereinstimmung damit sagt L. 4. C .de rest. mil. (2, 51), dass gegen einen reipublicae causa sine dolo malo absens wohl missio in bona zulässig, die venditio aber in id tempus aufzuschieben sei, quo reipublicae causa abesse desierit, woraus sich per argumentum a contrario ergiebt, dass bei anderen Abwesenden der Verkauf nicht aufgeschoben zu werden braucht. Dem reipublicae causa absens sind aber einzelne andere gleichgestellt, z. B. der ab hostibus captus; auch bei diesem soll die venditio bis zu seiner Rückkehr aufgeschoben werden.

L. 6. § 2. D. quibus ex causis (42, 4). L. 39. § 1. D. de reb. auct. iud. (42, 5). Paull. Rec. Sent. Y. 5b. § 2.

Für alle diese Stellen will Hartmann das argumentum a contrario nicht gelten lassen [47], weil in keiner derselben gesagt

---

47) Auch Bachofen, Pfandrecht S. 288, 289 bestreitet die Richtigkeit unsres argumentum a contrario. Die Regel, welcher jene in L. 6. § 1. cit. genannten Ausnahmen angehörten, sei nicht das Recht der Abwesenheit ohne Vertretung, sondern die fraudationis causa latitatio mit ihren Folgen; der in Staatsdiensten Abwesende solle trotz absichtlichen Versteckes doch niemals als latitans behandelt werden. Nur dürfe der öffentliche Auftrag nicht selbst in betrügerischer Weise ausgewirkt worden sein. Dass man die Folgen der betrügerischen Abwesenheit erst mit Hülfe eines argumentum a contrario zu bestimmen gesucht, beweise, dass es keine ausdrückliche Clausel über das Recht der absentes indefensi gegeben. Hier ist sowohl die Ausnahme des Edicts, als auch das, was Paullus auf Grund derselben per argumentum a contrario zu erweisen sucht, unrichtig aufgefasst. Reipublicae causa sine dolo malo absens ist nicht bloss der, welcher seinen Auftrag nicht betrüglicher Weise ausgewirkt hat, sondern nach L. 4. D. ex quib. causis maiores (4, 6) z. B. auch der, welcher seine Abwesenheit nicht länger, als es sein Auftrag erfordert, ausdehnt. Er geniesst das Privilegium, dass er sich nicht zu vertheidigen braucht (L. 2. D. eum, qui appellaverit 49, 11: Hoc enim illis praestatur, ne necesse habeant, se defendere, qui reipublicae causa absunt), hat also gar nicht nöthig, sich zu verstecken. Das, was Paulus per argumentum a contrario festzustellen sucht, sind nicht die Folgen der betrügerischen Abwesenheit überhaupt, sondern der dolosen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten. Nicht jeder reipublicae causa absens soll milder behandelt werden; vielmehr soll der, welcher die Besorgung der Staatsangelegenheiten nur als Prätext benutzt, den gewöhnlichen Folgen der Abwesenheit verfallen.

sei, dass es sich um solche Fälle handle, in denen der Klaganspruch wider den Abwesenden überhaupt erst erhoben werden solle. Er will die Worte: et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant *rel.* mit dem in L. 2. § 1. D. ibid. enthaltenen Edict in Verbindung setzen. Darnach handle das Edict nur von solchen Fällen, wo bereits cautio iudicio sisti geleistet sei. Auch einige der anderen citirten Stellen sollen durch ihre Fassung darauf hinweisen, dass die absentia eintrat, nachdem bereits cautio iudicio sisti geleistet war. Es ist zu bedauern, dass Hartmann dies nicht näher dargelegt hat; bei wiederholter Prüfung habe ich nichts von einer solchen Fassung entdecken können. Bei den übrigen, meint Hartmann, müssten die Erfornisse, welche der Regel nach zur bonorum venditio gehörten, selbstverständlich als vorhanden gedacht werden, z. B. dass eine res iudicata vorlag, oder dass ein vadimonium verfallen war. Diese Interpretation leidet nur an dem Fehler, welchen ihr Urheber der von ihm getadelten vorwirft: sie trägt etwas in die Stellen hinein. Die L. 4. C. de restit. milit. (2, 51) z. B. giebt die Voraussetzung, von welcher sie ausgeht, sehr deutlich in den Worten an: si absentes boni viri arbitratu non defenduntur.

Ausserdem spricht gegen Hartmann's Auslegung das dadurch bewirkte Resultat. Wenn bereits ein genügender Grund zur bonorum venditio vorliegt, z. B. eine confessio oder res iudicata u. s. w., so ist nicht einzusehen, wesshalb sie nicht eintreten soll, wenn nun nachher der Verurtheilte oder Geständige in Staatsangelegenheiten abwesend ist oder in Kriegsgefangenschaft geräth.

Die Entscheidung der L. 13. D. quib. ex causis (42, 4), dass der ad cognitionem Imperatorum a praeside provinciae remissus, wie der mit temporärem Exil Bestrafte, der bonorum venditio unterliegen soll, wenn er keinen Vertheidiger findet, will Hartmann, nach dem Vorgange Früherer, auf das Ciceronianische Edict: Qui exsilii causa solum verterit zurückführen. Eine solche Gleichstellung des exsilii causa solum vertere und des von Papinian erwähnten exsilium temporarium ist unzulässig, weil das erstere eine capitis diminutio media bewirkte. Der exsul ist so gut wie todt, der Verkauf seiner Güter war nicht etwa an die Bedingung: si boni viri arbitratu non defendetur gebun-

den;[48]) denn sie erfolgte nicht desshalb, weil ein vorübergehender Zustand das Klagen gegen ihn unmöglich machte, sondern weil er definitiv auf seine Eigenschaft als civis Romanus verzichtet hatte [49]). Wahrscheinlich sind auch in diesem Falle nicht die längeren Fristen beobachtet, welche sonst beim Verkauf der Güter eines Lebenden eingehalten wurden.

Gegen den exsilio temporario punitus findet aber eine bonorum venditio nur statt, si defensor non existat. Eine Analogie zwischen den beiden Fällen liegt also in der That nicht vor. Grund der bonorum venditio konnte bei dem exsilio temporario punitus, wie bei dem ad cognitionem Imperatorum missus nur die absentia ohne Vertretung sein. Auch liegt die Hinweisung auf diesen Entscheidungsgrund klar genug in den Worten: etsi in ceteris litibus Romae defendere se non cogitur, tamen in provincia defendendus est. Ein weiteres breites Aussprechen der abstracten Regel bei Entscheidung eines concreten Falls

---

48) Keller, Semestr. p. 46. not. 4: — Neque enim arbitror, exsulis a veteribus illis Praetoribus spectari absentiam, sed capitis deminutionem, neque antiquo illo iure rem facilem duco fuisse exsulem iudicio defendere. Vergl. auch Bachofen in Richter's Jahrbüchern XII. S. 977. Dernburg a. a. O. S. 63. Anm. 19.

49) Verschieden wird die Frage beantwortet, auf welche Weise die Gläubiger des exsul gegen den bonorum emptor geklagt haben. Keller, Semestr. p. 77. not. 20. meinte, es könne nur mit der formula Serviana, nicht mit der Rutiliana geklagt sein, denn es habe nicht intendirt werden können, exsuli dari fieri oportere. Vergl. auch Keller, Civilprozess S. 328. Anm. 932. Huschke, Nexum S. 159. Anm. 229 verwirft dies, da die Vorstellung, dass der lebende Bürger oder Schützling eines fremden Staats einen römischen heres haben könnte, fern gelegen. Es sei mit einer utilis Rutiliana rescissa capitis deminutione geklagt, wie ja auch sonst rescissoriae actiones wegen capitis deminutio üblich gewesen wären. Allein nur die minima capitis diminutio kann durch in integrum restitutio rescindirt werden. Vergl. L. 2 pr. D. de capite minutis (4, 5): Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt; ceterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit hoc edictum, neque possunt hi penitus conveniri; dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. L. 7. § 3. D. eod.: Item quum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat. Es ist desshalb im Fall des exsul die Serviana actio die allein zulässige.

darf man von der gedrungenen Kürze eines Papinian nicht erwarten.

Völlig untauglich, die bonorum venditio als Wirkung der einfachen absentia zu beweisen, soll nach Hartmann's Behauptung L. 1. D. de neg. gest. (3, 5) sein, während doch schlechthin darin gesagt ist, dass absentes indefensi rerum possessionem aut venditionem patiuntur. Ulpian soll aber dadurch, dass er das Wort aut statt einer leichteren Verbindung durch que oder ve wählte, gezeigt haben, dass im Edict nicht jede absentia mit dem Verkauf des Vermögens bedroht war [50]). Nun sind ja allerdings einzelne absentes vorläufig gegen die bonorum venditio gesichert. Aber auch abgesehen davon, konnte sich Ulpian in der Weise ausdrücken, wie er es thut; denn die missio in bona und die bonorum venditio fallen in verschiedene Zeitpunkte. Zuvörderst konnte ein negotium gestor für den absens auftreten, um die missio in bona abzuwenden; er konnte aber auch noch in einem späteren Stadium auftreten, um wenigstens die bonorum venditio zu verhindern.

Dass überhaupt auf Grund der einfachen Abwesenheit ohne Vertretung eine bonorum venditio stattfinden konnte, scheint mir durch die Zeugnisse, welche wir bisher besprochen, genügend dargethan zu sein. Es bleibt uns noch übrig, am Schluss unsrer Untersuchung einer vermittelnden Meinung Dernburg's [51]) zu gedenken. Er meint, der missio in bona absentis habe sich nicht sofort nach den gewöhnlichen kurzen Fristen ein Verkauf angeschlossen. Der Prätor habe aber in einem allgemeinen Edict überall, wo bloss das in possessionem ire im Edict versprochen sei, wenn die Lage der Umstände es zu fordern scheine, den Verkauf gestattet; und dieses Edict sei das in L. 6. § 1. D. quib. ex causis erhaltene: et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui reipublicae sine dolo malo afuit [52]). Wo ist denn

50) Vergl. auch Dernburg a. a. O. S. 58.

51) a. a. O. S. 61, 62.

52) Dieser Ansicht, dass die einfache absentia, ohne hinzutretendes vadimonium desertum, nur nach freiem Ermessen des Prätor zur bonorum venditio führe, hat sich später auch Keller in seinem röm. Civilprozess S. 358 angeschlossen. Aehnlich auch Bachofen im Pfandrecht S. 284, 285.

aber in den angeführten Worten gesagt, dass der Verkauf nur unter Umständen, deren Würdigung der Prätor sich vorbehalte, erfolgen solle? Wäre die Beziehung, welche Dernburg jenem Edicte giebt, richtig, so müsste doch in demselben der Vorbehalt einer besondern causae cognitio vorkommen. Statt dessen heisst es schlechthin: et bona veneant. Den positiven Beweis dafür, dass auch gegen den absens nur die gewöhnlichen Fristen eingehalten wurden, finde ich in der Quinctiana und in Gai. III. 78, 79, und darf also den, welcher die Zuverlässigkeit dieser Zeugnisse bezweifelt, auf das früher Ausgeführte verweisen.

Geschichte der actio finium regundorum.

Die finium regundorum actio ist mehrfach von neueren Juristen zum Thema besonderer Erörterung gemacht worden; über die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsmittels hat zuerst Rudorff[1]) gründliche und umfassende Forschungen angestellt, an welche jede neue Untersuchung desselben Gegenstandes anknüpfen muss. Die Resultate, zu welchen Rudorff gekommen ist[2]), bestehen, kurz angegeben, in folgenden Punkten. Handelte es sich um eine Gränzverwirrung, so kam es nach älterem Recht darauf an, ob dieselbe sich innerhalb eines Saums von fünf Fuss Breite hielt, oder sich darüber hinaus erstreckte. Im ersten Fall war das Richteramt in die Hände sachverständiger Feldmesser gelegt, und die Entscheidung erfolgte lediglich nach den Regeln der Feldmesskunst. Rechtsregeln wurden dabei überall nicht beobachtet; — nicht bloss die Berufung auf die Usucapion, sondern auch die auf jede andere juristische Thatsache, durch welche Eigenthum begründet und verloren wird, war ausgeschlossen. Dagegen bei einer grösseren, über den Saum von 5 Fuss Breite hinaus sich erstreckenden Gränzverwirrung, der sogenannten controversia de loco, fiel das Richteramt dem gewöhnlichen Richter zu, welcher die Berufung

1) Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. X. S. 343 ff. Schriften der röm. Feldmesser, herausgegeben und erläutert von Blume, Lachmann und Rudorff II. S. 433 ff.

2) Dieselben haben fast durchgängig allgemeine Billigung gefunden. Vergl. Böcking, Pandekten des röm. Privatr. II. § 140 g. no. 1. §. 145 g. Puchta, Just. II. § 234. Vangerow, Lehrb. der Pand. § 658. Walter, röm. Rechtsgesch. 3. Aufl. § 576. 772. u. A. m.

auf Usucapion und andere rechtliche Erwerbstitel zu berücksichtigen hat. Dem Feldmesser blieb dabei nur die Function eines Sachverständigen. Doch ist diese controversia de loco keine Vindication; sie stimmt vielmehr in der Formel, der Duplicität, der Adjudication mit der controversia de fine überein, und wird desshalb bei den classischen Juristen unter dem Namen formula finium regundorum mit verstanden. Nach mannigfachen Schwankungen der kaiserlichen Gesetzgebung soll endlich Justinian den Unterschied zwischen der controversia de fine und der de loco definitiv beseitigt, die summarische Behanddder ersteren auch auf die letztere ausgedehnt, und nur die 30jährige Verjährung zugelassen haben.

Durch wiederholte sorgfältige Prüfung des uns zu Gebote stehenden Quellenmaterials bin ich zu wesentlich anderen Resultaten über die Natur des Gegensatzes jener controversiae und über die Geschichte desselben gekommen. So glaube ich namentlich nachweisen zu können, dass die controversia de loco zu keiner Zeit von den Römern unter der formula finium regundorum mit verstanden wurde, sondern eine wirkliche vindicatio war. Ferner halte ich den arbiter bei der controversia de fine nicht so von aller Rücksicht auf Rechtsregeln entbunden, wie Rudorff es darstellt. Endlich behaupte ich, dass der Unterschied zwischen den Streitigkeiten innerhalb 5 Fuss und den grösseren weder durch die frühere kaiserliche Gesetzgebung, noch durch Justinian beseitigt ist. Bei der folgenden Untersuchung, welche zunächst die ersten beiden Punkte ins Auge fasst, werde ich die kaiserliche Gesetzgebung, aus welcher allerdings Rückschlüsse auf den früheren Rechtszustand gemacht werden können, vorerst ausser Acht lassen.

Rudorff stützt seine Behauptung, dass die controversia de loco ein iudicium mixtum und duplex finium regundorum mit Möglichkeit der Adjudication gewesen sei, zuvörderst auf einige äussere Zeugnisse [3]). In L. 4. pr. D. fin. reg. (10, 1) sagt Paullus: Sed et l o c i unius controversia in partes scindi adiudicationibus potest, prout cuiusque dominium in eo loco iudex

---

3) Ztschr. S. 377, 378. Schriften der röm. Feldmesser II. S. 444 Anm. 540.



compererit. Das Wort locus ist hier aber nicht in dem technischen Sinne eines über den 5fussigen finis hinausgehenden Gränzsaums gebraucht; vielmehr ergiebt sich aus den unmittelbar vorhergehenden Stellen, dass Paullus einen ganz anderen Gegensatz vor Augen hat. Der Streit kann sich auf die Gränze zweier Grundstücke in ihrer ganzen Ausdehnung beziehen; in diesem Falle kann der Theilungsrichter amovendae veteris obscuritatis gratia eine ganz neue Gränzlinie ziehen (per aliam regionem fines dirigere), und zu diesem Behuf adjudiciren und condemniren. Bezieht sich aber der Streit nur auf ein einzelnes Stück, eine kleinere Strecke der Gränzlinie, so kann der Richter auch zur Auseinandersetzung einer solchen weniger lang ausgedehnten Gränzverwirrung von seiner Adjudicationsbefugniss Gebrauch machen. Desshalb sagt Paullus auch nicht: loci controversia, sondern: loci unius controversia.

Eine weitere Stütze seiner Ansicht scheint Rudorff in Isidor. Orig. V. 25 zu sehen: Finium regundorum actio dicta ex eo, quod per eam regantur fines utrique ne dissipentur: dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit [4]). So, wie die Stelle jetzt lautet, sagt sie jedenfalls etwas Unrichtiges. Wenn Isidor wirklich, wie Rudorff behauptet, unter der actio finium regundorum die controversia de loco meinte, so würde seine Notiz desshalb falsch sein, weil darnach der Streit über einen Gränzsaum von gerade 5 Fuss Breite eine controversia de loco wäre (dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit). Man könnte sich versucht fühlen, zu ändern: dummodo de angustiore q. p. l., allein auch dann würde etwas Ungenaues gesagt sein, indem die controversia de fine auch bezüglich eines streitigen Gränzsaumes von gerade 5 Fuss Breite stattfinden kann. Rudorff vermuthet mit Recht, dass die Stelle aus einem alten Juristen entlehnt ist, und wenn ich nicht irre, sind wir noch im Stande, nachzuweisen, woher sie genommen ist. Cuiacius [5]) hat in 2 Handschriften des Breviarium als Zusatz zu Paull. rec. sent. I. 16 folgende Worte ge-

---

4) Ztschr. S. 375. Schriften der Feldmesser S. 443 Anm. 535.

5) Julii Paulli rec. sent. ad filium libri V. Parisiis 1558. 4. ad h. l.

funden, welche in den übrigen Codices nicht stehen: Ut fines terrae praeter (L. per) terminos regantur; ne dissipentur, ab utroque quinque pedum loco teneantur [6]). Es sind dies gewiss ächte Worte des Paullus, wie sich deren noch manche in einzelnen Handschriften des Breviarium Alaricianum finden [7]). In dem letzteren wurden sie wohl desshalb weggelassen, weil das Recht der quinque pedes im Westgothischen Reiche nicht galt. Dass Isidor dieselben vor Augen gehabt, kann man nach der mehrfach wörtlichen Uebereinstimmung kaum bezweifeln. Sind seine eignen Worte uns nicht corrumpirt überliefert, so hat er allerdings den Sinn seines Gewährsmanns sehr confus wiedergegeben. Jedenfalls ist seine Nachricht untauglich, um zu beweisen, dass die controversia de loco unter der actio finium regundorum mit verstanden wurde. Geht man auf ihre Quelle zurück, so beweist sie eher das Gegentheil.

Am deutlichsten spricht gegen Rudorff, was Frontin über den Unterschied der beiden controversiae berichtet, 43, 22—44, 3:

> cum enim modum loci nulla forma praescribit et controversia oritur, solent quidam per inprudentiam mensores arbitros conscribere aut sortiri iudices finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem, quam de fini regundo agatur; sic fit ut post sententia inrita sit, et rescindi possit quod aut iudex aut arbiter pronuntiaverint, neque ullum commissum faciat qui sententiam non sit secutus, quando de alia re iudicem aut arbitrum sumpserint [8]).

6) Vielleicht ist nicht nach dissipentur, sondern nach utroque zu interpungiren.

7) Vergl. Huschke, Iurispr. anteiust. pag. 339, namentlich not. 4.

8) Aus dieser und anderen Stellen (vergl. 11, 5. 12, 1—3. 13, 1—3. 129, 12—14.) geht auch hervor, dass die lex Mamilia nur das Verfahren bei Streitigkeiten intra quinque pedes regulirte, wie auch in den 12 Tafeln nur von solchen die Rede gewesen zu sein scheint. Nun war es aber ein feststehender Satz, dass ein von dem gewöhnlichen Sacramentsprozesse abweichendes Verfahren für die betreffenden Sachen immer durch eine lex angeordnet sein musste. Für Streitigkeiten intra quinque pedes war durch die 12 Tafeln und die lex Mamilia die iudicis arbitrive postulatio bestimmt, für Streitigkeiten über loca bleibt nur die generelle sacramenti actio übrig. Vgl. Gai. IV, 13.

Frontin sagt hier, dass es sich bei einer controversia de loco um mehr, als das fines regere, handle (quando in re praesenti plus quidem quam de fini regundo agatur). Wenn also bei einer solchen Streitigkeit ein iudex finium regundorum causa bestellt werde und eine Sentenz fälle, so sei diese ungültig, weil der iudex über eine andere Sache entschieden, als die, wofür er bestellt war. Hat er hiermit nur verneint, dass die controversia de loco eine actio finium regundorum sei, so sagt er unmittelbar darauf auch ausdrücklich, welche Klagform die richtige sei, 44, 4—9:

De loco, si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet *rel.*, si vero possessio minus firma est, mutata formula iure Quiritium peti debet proprietas loci.

Rudorff trägt kein Bedenken, den sachkundigen Frontin, der hier nicht etwa eine beiläufige Bemerkung macht, sondern Anweisungen giebt und Andere vor Verwechselungen der Klagen warnt, selbst einer Verwechselung zu bezichtigen [9]). Aber dem Frontin steht auch Hygin, de generib. contr. 129, 12—15 zur Seite:

De loco si agitur. Quae res hanc habet quaestionem, ut nec ad formam nec ad ullum scripturae revertatur exemplum: sed tantum hunc locum hinc dico esse, et alter ex contrario similiter.

Durch die Betonung der bestimmten Rechtsbehauptungen kann Hygin nur auf die rei vindicatio, nicht auf eine formula finium regundorum mit ihrer sicher viel unbestimmtern intentio hingewiesen haben.

Wir finden in der Stelle des Frontin zugleich einen Sprachgebrauch befolgt, dessen Feststellung für die Erkenntniss des Wesens und Umfangs der actio finium regundorum von Wichtigkeit ist. Wie er dort die Ausdrücke finis, fines regere nur auf den 5fussigen Gränzsaum und das rechtliche Verfahren darüber anwendet, so finden wir diesen Sprachgebrauch auch sonst. Finis, confinium im technischen Sinne bedeutet jenen Saum. So versteht Cicero in der bekannten Stelle de legibus I. 18. unter der controversia de finibus, welche er mit einer non rerum sed

9) Ztschr. S. 376. Schriften der Feldmesser S. 444 Anm. 540.

verborum discordia vergleicht, nur den Streit intra quinque pedes. Derselbe Sprachgebrauch zeigt sich in der Entgegensetzung der controve sia de loco und de fine. Er geht ferner hervor aus der allgemeineren Aeusserung Frontin's 9, 2. 3: Materiae controversiarum sunt duae, finis et locus. harum alterutra continetur quidquid ex agro disconvenit. Er ist endlich auch beobachtet in L. 10. C. de evictionibus (8, 45) [10]. Ist es nun wohl wahrscheinlich, dass bei der Bezeichnung actio oder formula finium regundorum das fines regere, was Frontin ausdrücklich auf das Verfahren intra quinque pedes beschränkte, in einem unbestimmteren Sinne genommen sein sollte? [11])

Wo in einem weiteren Sinne von Gränzstreitigkeiten gesprochen wird, da werden wohl die Ausdrücke finalis quaestio, finalis controversia gebraucht. Ein interessantes Beispiel bietet L. 3. C. Th. finium regundorum. Nachdem hier in dem Ausdruck finalis controversia auch die Streitigkeiten de loco mit befasst sind, wird doch unmittelbar darauf gesagt, dass, wenn es sich um ein maius spatium als den 5fussigen Saum handle, keine causa finalis, sondern proprietatis vorliege. Sehr auffallend wäre es auch, dass selbst da, wo der Verdacht einer Interpolation gar nicht aufsteigen kann, immer nur von einer formula

---

10) Si fines agri venditor demonstravit, et legem dixit, intra eos neminem ingressurum, si quid inde evincatur, periculo fit auctoris. Quodsi finibus suis, quos demonstravit, agrum vendidit, lis finalis ad venditorem pertinet. Hier können unter den fines nur die quinque pedes verstanden sein. Soweit es sich nur um diese handelte, haftete der Verkäufer aus der blossen demonstratio finium nicht, wenn nicht die Nebenberedung hinzugefügt war, intra fines neminem ingressurum, oder er wider besseres Wissen gehandelt hatte. Erstreckte sich aber das evincirte Stück über die quinque pedes hinaus, so musste sicher der Verkäufer ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen haften.

11) Die actio finium regundorum erleidet bekanntlich nur Anwendung auf praedia rustica, nicht auf praedia urbana. Auch darin liegt ein indirecter Beweis für die Annahme, dass unter der actio finium regundorum nur die controversia de fine zu verstehen sei. Bei städtischen Grundstücken kommt der 5fussige Gränzsaum, das confinium, nicht vor; die Besitzer derselben sind nicht confines (L. 4. § 10. D. finium regundorum. Cic. Top. c. 10). Sind aber Gärten in der Stadt durch eine latitudo geschieden, so ist auch die actio finium regundorum anwendbar.



finium regundorum die Rede ist, z. B. Ulp. fr. XIX. 16: Adiudicatione dominium nanciscimur per formulam familiae herciscundae — — — et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos, während doch auch nach Rudorff's Annahme die Formel der controversia de loco in sehr wichtigen Punkten von der der controversia de fine abweicht.

Mit der Widerlegung der von Rudorff angeführten äusseren Zeugnisse können wir uns noch nicht begnügen. Hat Rudorff das Wesen der controversia de fine richtig dargestellt, so ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, dass unter der formula finium regundorum ausser der controversia de fine im engern Sinne auch die controversia de loco begriffen wurde. Es ist zunächst nöthig, sich eine richtige Vorstellung von den quinque pedes zu verschaffen, auf welche sich jene controversia de fine bezieht. Rudorff[12]) läugnet, dass dieselben als ein sichtbarer, fester Grasrain zu denken seien, woran Puchta[13]) ihm gegenüber festhielt. Vorzüglich das Pflügen und Eggen bis an die Gränze habe keinen festen Grasweg entstehen lassen. Wenn Siculus Flaccus es tadle, dass manche Gränznachbarn nach besonderer, missbräuchlicher Ortsgewohnheit ihre Grundstücke in einander pflügten, so läge darin nicht, dass sie einen breiten Rain, sondern nur, dass sie einen schmalen Rand (marginem) zwischen ihren Grundstücken stehen lassen mussten. Rudorff geht dabei von der Ansicht aus, dass jeder Grundbesitzer nur die drittehalb Fuss der Gränze, welche auf das Nachbargrundstück fielen, zur Umwendung des Pflugs benutzt habe. Allein Hygin sagt zweimal ausdrücklich, dass der ganze Saum von 5 oder 6 Fuss zur Umwendung des Pflugs benutzt werde, 126, 4—6: quoniam hanc latitudinem vel iter culturas accedentium occupat vel circum actus aratri, und 127, 15—17: et itinera saepe ad culturas pervenientibus tam latum locum occupant, aut in aratis intra tot pedes aratrum circum arat. Muss man hiernach also annehmen, dass jeder auch die auf sein eignes Grundstück fallenden drittehalb Fuss des finis zum circumactus aratri benutzte, so ergiebt sich daraus, dass er drittehalb Fuss

12) Ztschr. S. 361 ff. Schriften der Feldmesser S. 436, 437.

13) Cursus der Inst. 3. Aufl. II. S. 609.

von der Gränzlinie aufhört zu pflügen, und die Pflugschar erst drittehalb Fuss von der Gränzlinie wieder ansetzt, also diese drittehalb Fuss unbepflügt lässt. Dadurch wird aber eben der finis ein sichtbarer, aus dem ihn umgebenden Lande hervorstechender Saum, welcher zugleich dem iter culturas accedentium dient. Dieser Annahme steht auch der Umstand, dass der Gränzsaum mit Bäumen bepflanzt zu werden pflegte, offenbar nicht entgegen. Ob die gesetzliche Servitut des circumactus aratri und des iter ad culturas accedentium nur auf altem Gewohnheitsrechte beruhte, oder auch durch eine lex, vielleicht die 12 Tafeln oder die lex Mamilia, anerkannt war, ob sie ursprünglich bei allen italischen Völkerschaften vorkam, wissen wir nicht. Hygin scheint sie 126, 4—6 als etwas allgemein Geltendes hinzustellen, später 127, 15—17 sagt er nur: et itinera saepe ad culturas pervenientibus *rel.* Noch beschränkender scheint sich Siculus Flaccus auszudrücken 152, 1—5: Illud vero invenimus aliquibus locis, ut inter arva vicini arciantur confundere fines, eoque usque aratrum perducere, ut in finibus solidum marginem non relinquant, quo discerni possint fines. Zweierlei werden wir in dieser Stelle zu prüfen haben: einmal, ob das handschriftliche arciantur wirklich nur in arceantur [14]) umzuändern ist; sodann, was Siculus Flaccus unter dem nicht zu bepflügenden margo versteht. Lachmann hat unter Zustimmung von Rudorff [15]) arciantur in arguantur umgeändert, hauptsächlich wohl durch sachliche Gründe bewogen; denn es ist allerdings auffällig, dass nur aliquibus locis den Nachbarn das confundere fines verboten sein soll. Unter dem margo versteht Rudorff nicht den 5fussigen Gränzsaum, sondern einen schmalen Rand. Jedenfalls wird Siculus Flaccus selbst als der beste Interpret seiner Worte angesehen werden müssen. Was er in der vorher angeführten Stelle in Bezug auf arva berichtet, bestätigt er gleich darauf auch für anderweitig benutztes

---

14) So las Rudorff in d. Ztschr. S. 362. Zuweilen sei nämlich nach besonderer Ortssitte eine gegenseitige negative gesetzliche Servitut an die Stelle der affirmativen getreten.

15) Schriften der Feldmesser S. 436, 437. Mit vollem Recht wird hier Puchta's Conjectur a. a. O. S. 609 Anm. 0, wonach arceantur eine Corruption aus concedantur sein soll, verworfen.

Land 152, 18—20: Sed et in vineis aliisque culturarum generibus simile quid inveniatur. Si enim duo possessores extremis finibus vineas habent, cum fodiunt, finem solidum relinquunt.

Hiernach sollen also die Nachbarn ebenso, wie beim Bepflügen der Aecker, auch beim Umgraben der aneinanderstossenden Weinberge den finis solidus frei lassen. Die Stelle beweist somit, dass in der früheren, worauf verwiesen wird, arceantur, nicht arguantur, gelesen werden muss; ferner, dass der dort erwähnte solidus margo identisch mit dem hier genannten finis solidus ist, und mit dem letzteren können doch wohl nur die quinque pedes gemeint sein. Dann wird auch erst das hinzugefügte solidum verständlich. Aus den angeführten Zeugnissen scheint mir jedoch hervorzugehen, dass die alte Regel im Verlaufe der Zeit nicht mehr allgemein beobachtet wurde.

Jene quinque pedes waren nach verschiedenen Nachrichten der Usucapion entzogen. Mit Recht verwirft Rudorff die Ansicht, welche dies auf die Heiligkeit der Gränzen zurückführen will. Er selbst behauptet, ein positives Usucapionsverbot liege überhaupt nicht vor [16]) Die Usucapion sei nur in der controversia de fine nicht berücksichtigt, in Folge des allgemeinen Princips, dass hier nicht nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, sondern der Gränzscheidekunst entschieden werden sollte. Dass die Ersitzung des Gränzraums an sich möglich war, soll sich nach Rudorff dann zeigen, wenn dieselbe ausserhalb des Streits über den finis zur Sprache komme. Es stehe fest, dass ein grösseres Stück des Nachbargrundstücks usucapirt werden konnte, und in ihm seien dann nothwendig auch die drittehalb Fuss des finis usucapirt. Durch Anstellung der Vindication habe man die Beachtung der Usucapion erzwingen können. Läugne man die Möglichkeit derselben, so gelange man zu dem seltsamen Resultate, dass der frühere Eigenthümer, der die Hälfte seines Grundstücks durch Ersitzung an seinen Nachbar verloren, mitten in dessen nunmehriger Besitzung einen drittehalbfussigen Streifen Landes als Andenken seiner ehemaligen Herrschaft behalte [17]).

16) Ztschr. S. 357 ff. Schriften der Feldmesser S. 438, 439.

17) Walter, röm. Rechtsgeschichte 3. Aufl. § 772 S. 421 nimmt an, gerade zur Beseitigung dieser Inconvenienz sei die Verordnung Valentinian's II. vom Jahre 385 bestimmt gewesen.

Zunächst ist es nun sehr bedenklich, dass die Ausschliessung der Usucapion nirgends auf jenes angebliche allgemeinere Princip zurückgeführt wird. Rudorff[18]) beruft sich auf Hygin's Worte 130, 1—3: Constabit tamen rem magis esse iuris quam nostri operis, quoniam saepe usu capiuntur loca quae in biennio possessa fuerint, und 130, 10. 11: argumentum itaque prudentiae est, non professionis, wonach die Zulassung der Usucapion als eine reine Folge der Beobachtung von Rechtsregeln überhaupt gedacht werde. Mir scheint, dass hier vielmehr umgekehrt aus der Möglichkeit der Usucapion gefolgert werde, dass die Schlichtung einer controversia de loco mehr nach Regeln des Rechts, als der Kunst erfolge. Auch kommt man über die Stellen, welche von der Unzulässigkeit der Usucapion sprechen, nicht durch die Bemerkung hinweg, dass die Nichtbeachtung der Aufhebung practisch gleichgekommen sei. Cicero und Hygin drücken sich so bestimmt und übereinstimmend aus (usucapionem duodecim tabulae intra quinque pedes esse noluerunt — quod usucapi non potest — intra pedum VI possessionem usu nemo capit), und der erstere führt den Satz so direct auf die 12 Tafeln zurück, dass man wohl annehmen darf, in denselben sei die Usucapion der fines ausdrücklich verboten. Und brauchen nicht bei unzweifelhaften Usucapionsverboten unsre Quellen ganz dieselben Wendungen? [19]) Auch der Einwand Rudorff's, dass ja ein breiterer Raum und in demselben auch ein Stück des eigentlichen finis usucapirt werden könne, darf nicht irre machen. Hat ein Grundeigenthümer einen breiteren Saum von des Nachbarn Lande auf Grund eines Titels inne, so ersitzt er diesen als ein Ganzes [20]). Der Satz, dass intra quinque pedes die Usucapion ausgeschlossen sei, sagt aber nur, dass diese 5

---

18) Ztschr. S. 359.

19) Man vergleiche z. B. L. 49. D. de usurp. (41, 3). L. 8. D. ad. L. Jul. repetundar. (48, 11). L. 48. pr. D. de a. r. d. (41, 1). L. 1. 2. 6. C. de usuc. pro empt. (7, 26).

20) Ebenso kann Jemand, dem ein von ihm gekauftes Grundstück mit etwas weiteren Gränzen, als demselben zukommen, übergeben wird, dasselbe in diesem weiteren Umfange auf Grund des Kaufs ersitzen, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes L. 2. § 6. D. pro emtore (41, 4).

Fuss oder ein Theil derselben nicht gesondert für sich ersessen werden können. Hält man dies fest, so führt die Annahme eines positiven Usucapionsverbotes nicht zu dem von Rudorff angegebenen seltsamen Resultate.

Wie steht es nun aber mit der Begründung der Behauptung, dass bei der controversia de fine der arbiter überhaupt nur nach den Regeln der Feldmesserkunst, und nicht des Rechts zu entscheiden gehabt habe? Gewiss kommen jene vorzugsweise in Betracht, da dem agrimensor die Befugniss gegeben war, selbst wenn er die bisherige Gränzlinie wieder aufgefunden hatte, dieselbe doch zu verlegen, falls sie unzweckmässig war, und leicht wieder verdunkelt werden konnte [21]. Aber dabei ist er doch nicht ganz von den Regeln des Rechts entbunden. Spricht er von dem Eigenthum des einen dem andern etwas zu, so muss er diesen zu verhältnissmässiger Entschädigung des anderen anhalten. Die Nachbarn können auch durch Rechtsgeschäfte die bisherige Gränzlinie verändert haben. In Hinsicht darauf lehrt Papinian [22], in finalibus quaestionibus seien die vetera monumenta u. s. w. als Entscheidungsnorm zu betrachten, modo si non varietate successionum et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur. Auch Paulus [23] schärft ein, dass nicht allein die Gränzzeichen observirt werden dürften: non enim termini, qui singulos fundos separabant, observari debent, sed demonstratio affinium novos fines inter fundos constituere. In Uebereinstimmung damit entscheiden die Kaiser Diocletian und Maximian [24]: Successionum varietas et vicinorum novi consensus, additis vel detractis agris alterutro, determinationis veteris monumenta saepe permutant. Sollen alle diese Aussprüche sich nur auf die controversia de loco, nicht auf die de fine beziehen? Rudorff läugnet nun auch nicht die Möglichkeit einer Veränderung des finis durch Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w.; aber wie bei der Usucapion, so wird er auch bezüglich anderer Erwerbstitel der Meinung sein,

---

21) L. 2. § 1. D. finium regundorum (10, 1).
22) L. 11. D. eod.
23) L. 12. D. eod.
24) L. 2. C. fin. reg. (3, 39). Vrgl. L. 1. C. eod.

dass ihre Beobachtung nur durch Anstellung der rei vindicatio erzwungen werden könne. Dagegen werde ich im Späteren zu zeigen suchen, dass intra quinque pedes überall keine Vindication möglich war. Jedenfalls wäre es doch sehr merkwürdig, dass uns nur von Ausschliessung oder Nichtbeachtung der Usucapion, nicht der übrigen Erwerbstitel berichtet wird. Aussprüche von Dichtern und anderen Schriftstellern[25]), welche die Gränzsteine als Zeugen der Gränzen bezeichnen, werden nicht zum Beweise dienen sollen, dass bei den kleinen Gränzstreitigkeiten auf nichts Anderes, als den Augenschein Rücksicht genommen wurde [26]). Wenn im Gegensatz der controversia de fine von der de loco gesagt wird, rem magis esse iuris, quam nostri operis u. A. m., so erklärt sich das genügend aus der nur bei jener stattfindenden Adjudicationsbefugniss und der Ausschliessung der Ersitzung intra quinque pedes, und beweist nur, dass die controversia de fine eine res magis nostri operis quam iuris ist. Und mehr wird man auch aus der etwas stark auftragenden Schilderung bei Cassiodor. Var. 3, 52 nicht folgern dürfen. Rudorff geht bei seinen Untersuchungen über die Gränzscheidungsklage von der richtigen Beobachtung aus, dass dem wahren Bedürfniss bei den Gränzverhältnissen weder durch eine rein rechtliche, noch durch eine rein kunstmässige Behandlung abgeholfen werde. Nach seiner Auffassung der controversia de fine leidet aber die rechtliche Seite der Sache unter der bloss kunstmässigen Behandlung. Nur die Ausschliessung der Usucapion intra quinque pedes ist gerechtfertigt. Man bedenke nur, wie leicht es bei nur geringer Verdunkelung der Gränzzeichen kommen kann, dass einer der Nachbarn die Gränzlinie ganz in gutem Glauben um ein Paar Fuss verschiebt, und setze zugleich den Fall, dass er bald nach dieser Verschiebung das Eigenthum seines Grundstücks einem Anderen überträgt.

25) Schriften der Feldmesser 2. S. 427 Anm. 497.

26) Man kann die Ableitung des Wortes arbiter von arbitere, adbitere = adire als richtig anerkennen, ohne desshalb zuzugeben, dass es ursprünglich die Bedeutung eines Gangrichters gehabt habe. Ursprünglich bedeutet arbiter Jemanden, der hinzukommt, bei einer Sache gegenwärtig ist, sie mit ansieht und anhört. Daraus hat sich dann erst die Bedeutung eines sachkundigen Beurtheilers, Richters entwickelt.

Bei der Kürze der Zeit, binnen welcher die Usucapion vollendet ward, hätte diese nur zu oft die Folge haben können, dass ein Grundeigenthümer, ohne dass ihm eine Nachlässigkeit vorgeworfen werden konnte, unbilliger Weise benachtheiligt ward.

Wir haben jetzt die Frage zu untersuchen, ob und welche Veränderungen das alte Gränzscheiderecht durch die Gesetze der späteren Kaiserzeit erlitten hat. Zu diesem Zwecke gehen wir die betreffenden, in den Theodosianischen Codex aufgenommenen Constitutionen der Reihe nach durch.

1) L. 1. C. Th. finium regundorum handelt von der controversia de loco (si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit querimoniam *rel.*) und zeigt deutlich, dass diese eine rei vindicatio war. Eben weil es eine proprietatis controversia ist (quia finalis coheret de proprietate controversiae), so muss zuerst über den streitigen Besitz entschieden werden; was nicht erforderlich wäre, wenn der controversia de loco die Eigenschaft eines iudicium duplex finium regundorum zukäme. Die beiden Parteien werden aber als petitor und tenens unterschieden, und der agrimensor wird nicht als Richter, sondern nur als Sachverständiger zugezogen.

2) Auch in der L. 2. C. Th. eod. ist allem Anschein nach nur von einer controversia de loco die Rede. Wenigstens wird vorausgesetzt, dass eine der Parteien als petitor auftritt, und ein bestimmtes Stück Land in Anspruch nimmt (id quod male petebat, amittat).

3) Die L. 3. verordnet, dass nur für die controversia intra quinque pedes ein arbiter gegeben werden soll, was für die Annahme spricht, dass nur bei ihr das freie Ermessen zulässig schien, welches zum Adjudiciren befähigte. Dagegen die controversia de maiore spatio soll, weil sie keine finalis, sondern eine proprietatis causa ist, apud ipsum praesidem terminari. Wäre auch bei der controversia de loco eine Adjudication wegen Unmöglichkeit der Auffindung der Gränzen oder aus Gründen der Zweckmässigkeit zulässig gewesen, so würde gewiss auch bei ihr ein arbiter bestellt worden sein. Da, wo es sich aber um Anwendung fester Gesetze und gegebener Rechtsregeln auf einen concreten Fall handelt, soll eben kein arbiter entschei-

den [27]). Rudorff [28]) sieht in dieser Verordnung Constantin's einen Versuch, die technische Entscheidung der controversia de loco ganz auszuschliessen. So viel ich sehe, wird in der Stelle auch nicht entfernt angedeutet, dass früher jene Controverse einen anderen Charakter gehabt habe. Die Bestimmung Constantin's stimmt vielmehr ganz zu dem, was Frontin über die controversia de loco sagt, und die Zuziehung von Feldmessern als Sachverständigen ist durch sie keineswegs ausgeschlossen.

4) In der L. 4. sollen nach Rudorff Valentinian, Theodosius und Arcadius umgekehrt versucht haben, die Vorschrift über den 5fussigen Gränzsaum aufzuheben, und die freiere Behandlung der controversia de fine auch auf die controversia de loco auszudehnen (quinque pedum praescriptione submota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio). Es ist im Wesentlichen dieselbe Erklärung, welche schon Jacobus Gothofredus gab. Dieser sagt: [29]) Et haec est illa quinque pedum praescriptio, quae hac l. submovetur. Praescribere est περιγράφειν, περιορίζειν, limitare; ita praescriptio est praefixio, limitatio a legibus facta: quae vox hac in re propria. Den Zweck des ganzen Gesetzes giebt er folgender Massen an: Valentinianus Jun. hac l. utramque controversiam exaequat: sic ut non magis loca praescribi longo tempore possint, quam quinque pedum spatium. Und später: [30]) Igitur quocumque tandem finali spatio agatur, prolixioris temporis praescriptio locum non habet.

Unsre Verordnung ist überhaupt seit der Zeit der Glossatoren viel besprochen, und hat den älteren Juristen viel Kopf-

27) Das zeigen auch die beiden anderen Fälle, in welchen nach demselben grösseren Gesetz, aus welchem die L. 3. cit. genommen ist (vgl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 557 ff.), ein arbiter gegeben werden soll. Bei Streitigkeiten zwischen socii nämlich ist die Frage, an praestari aliquid oporteat, vom Präses zu entscheiden, die Liquidation darf arbitris überlassen werden. Ebenso bei einer tutelae causa sollen arbitri nur zur Vervollständigung der vom Richter bereits gefällten Sentenz zugezogen werden (ad supplementum pronunciationis, L. un. C. Th. de litigiosis).

28) Schriften der Feldmesser 2. S. 444.

29) Codex Theodosianus . . . Ed. nova . . . c. I. D. Ritter. Tom. I. pag. 237.

30) l. c. pag. 240.

brechens gemacht. Der erste, der sie gut behandelte, war Alciat in seinem Liber de quinque pedum praescriptione [31]). Er geht von dem Satze aus, dass schon nach dem älteren Recht eine Usucapion des 5fussigen Gränzsaums nicht zulässig war, und versteht unter praescriptio die temporis praescriptio. Ihm haben sich im Wesentlichen Cuiacius [32]) und Goesius [33]) angeschlossen. Aus folgenden Gründen halte ich diese Erklärung für die richtige. Zunächst wird sie unterstützt durch eine Constitution von Valens und Valentinian aus dem Jahre 365, welche uns aus dem Hermogenianus Codex in der Consultatio c. 9 erhalten ist. Dort wird gesagt: Fines etiam, quos temeratos asseverat, amota praescriptione temporis, hi, qui pervaserunt, ut ratio iuris est, redhibere cogantur. Bedenkt man, dass gerade vorher die fines erwähnt sind, so entsprechen die Worte: amota praescriptione temporis denen unsrer Constitution: quinque pedum praescriptione submota fast vollständig.

Der ganze Zusammenhang unsrer Constitution weist aber auch darauf hin, dass unter der praescriptio am Anfang die temporis praescriptio und zwar die longi temporis praescriptio gemeint ist. Im weiteren Verlaufe der Verordnung sagen nämlich die Kaiser: nec vero prolixioris temporis in huiusmodi iurgiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quis se asserat diligentius coluisse. Auch die Berufung auf einen noch längeren Besitz, etwa eine praescriptio triginta oder quadraginta annorum wird ausgeschlossen. Nur eine Verjährung soll berücksichtigt werden, nämlich die, welche sich aus den vorhandenen alten Gränzzeichen ergiebt: sola sit igitur huiusmodi litibus una praescriptio . . . ., si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte prestiterit. Das Wort praescriptio ist hier also fortwährend im Sinne von

---

31) Alciati lucubrat. in Ius civile Tom. III. Basileae, per Mich. Isingrinium. pag. 596 sqq.

32) in Opp. ed. Neap. Tom. VII. p. 472: — et hoc ait l. quinque pedum, libere agi, vel agendam esse finalem causam vel locorum sine metu praescriptionis quinque pedum: nam intra quinque pedes neque usucapio, neque praescriptio longi temporis locum habet, id est decem vel viginti annorum *rel.*

33) in not. ad auctor. rei agrariae pag. 189 sqq.

temporis praescriptio gebraucht. Wenn es wirklich der Zweck des Gesetzes gewesen wäre, die freiere Behandlung des iurgium finale auf die controversia de loco auszudehnen, so würde jedenfalls diese letztere als die Controverse, für welche etwas Neues verfügt werden sollte, mehr hervorgehoben sein. Statt dessen wird die locorum intentio überhaupt nur ganz beiläufig im Anfang erwähnt (finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio). Erwägt man zugleich, dass die controversia de loco keine Art des finium regundorum iudicium, sondern eine vindicatio war, so wird es noch unwahrscheinlicher, dass durch die Worte: quinque pedum praescriptione summota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio jeglicher Unterschied zwischen ihr und der controversia de fine beseitigt sein sollte. Im weiteren Verlaufe der Verordnung haben die Kaiser immer nur dieses iurgium finale vor Augen.

5) Eine Vergleichung der wenige Jahre später (392) erlassenen L. 5. bestätigt das aus der L. 4. gewonnene Resultat. Nach Rudorff's Behauptung hat man in Folge der Einsicht, dass man einen Missgriff begangen, durch L. 5. das alte Gränzrecht wieder hergestellt. Dann muss es aber höchst wunderbar erscheinen, dass die Kaiser sich so ausdrücken, als sei nie etwas an dem alten Recht geändert, und als enthalte ihr jetziges Gesetz nur eine Bestätigung dessen, was schon früher von ihnen angeordnet sei: Cunctis molitionibus et machinis amputatis finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque qui veteri iure praecepti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare. Die Scham über ein verunglücktes Experiment kann sie doch nicht so weit getrieben haben, ein vor wenigen Jahren über denselben Gegenstand erlassenes Gesetz ganz zu ignoriren. In der That ist denn auch durch die Worte praescripsimus und iussimus auf eine der Vergangenheit angehörige Verordnung hingewiesen, und das ist eben keine andere, als die L. 4. C. Th. eod. Die L. 5. rührt von Theodosius, Arcadius und Honorius her. Die L. 4. ist unter dem Namen von Valentinian, Theodosius und Arcadius erlassen, und verdankt ohne Zweifel nicht dem Kaiser des Occidentes, Valentinian, ihre Entstehung, wie der Beamte, an den das Gesetz gerichtet ist (Neoterio Pf. P. Or. K. V.), und der

Ort des Datums (Prop. Alexandriae VII. kl. Aug. Arcadio Augusto et Bautone conss.) beweisen. Indem diese bestätigende Verordnung, wenn auch kürzer, ganz das ausspricht, was nach unsrer Erklärung die L. 4. sagt, dient sie zugleich zu einer wesentlichen Stütze jener Interpretation. Die Kaiser behaupten nämlich, schon früher verordnet zu haben, dass bei Streitigkeiten über den 5fussigen Gränzsaum arbitri entscheiden sollen, und dem entspricht der Schluss der L. 4: quando omne huiusmodi iurgium solo praecipimus iure discingi, quo artis huius peritis omnem commisimus sub fideli arbitrio notionem. Diese arbitri sollen entscheiden sine observatione temporis, mit welcher kurzen Wendung der erste Theil jener früheren Verordnung wiedergegeben ist. Auch die Anfangsworte: cunctis molitionibus et machinis amputatis wollen ausdrücken, dass kein auf irgend eine Verjährung gestützter Einwand gehört werden soll. Bezüglich der controversia de loco belassen es die Kaiser einfach bei dem, was Constantin im Anschluss an das alte Recht angeordnet hatte. Arbitri sind hier nicht zulässig, iudices sollen „solenniter recognoscere." Wir sehen, dass die kaiserliche Gesetzgebung, welcher Rudorff so mannigfache Schwankungen vorwirft, bisher das alte Recht nur bestätigt und eingeschärft hat.

Als Theodosius II. in der bekannten L. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis (4, 14) die 30jährige Klagenverjährung einführte, nahm er die actio finium regundorum ausdrücklich von derselben aus (petitio finium regundorum in eo scilicet, quod nunc est, iure durabit). Den weiteren Verlauf stellt man gemeiniglich so dar [34]), als habe erst Justinian für die actio finium regundorum die praescriptio triginta annorum eingeführt. Allein schon Valentinian III. muss, was freilich in der Praxis jener Zeit verkannt oder absichtlich ignorirt zu sein scheint, den Willen gehabt haben, durch seine Verordnungen, worin er die Allgemeinheit der Klagenverjährung einschärft, auch jene Ausnahme aufzuheben [35]). Dafür spricht einmal eine

34) So Savigny, System V. S. 275, 276.

35) Nov. Val. Tit. VIII: — Quam nobis necessitatem ferendae legis iusta imposuit querimonia plurimorum? Quis ferat, institui iurgia, quae avi ac proavi nescierunt? quae alia improbum litigatorem tam valida defensio summovebit, si possessorem nec saecula in infini-

Aeusserung der Westgothischen Interpretatio ad Novell. Valentiniani III. Tit. XII. De episc. iudicio i. f.: [36]) Quae vero actiones perpetuae fuerunt, et ad tricennium revocatae sunt, placuit annecti, id est, hereditatis petitio, si tamen ab auctore, cui competebat, fuerit inchoata, finalis actio, homicidii, furti *rel.* Eine weitere Bestätigung liegt darin, dass auch Anastas in L. 4. C. de praesc. tr. vel q. a. (7, 39) gegen das Bestreben, einzelne Klagen von der Verjährbarkeit auszunehmen, eifert: . . . si qua sit actio, quae cum non esset expressim supradictis temporalibus praescriptionibus concepta, quorumdam tamen vel fortuita vel excogitata interpretatione saepe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur . . . [37]). Und auch Justinian's Ausdrucksweise in L. 1. § 1. C. de annali exc. (7, 40) zeigt, dass er nicht etwas Neues einführen, sondern schon bisher Geltendes und mit Unrecht Bezweifeltes bestätigen will: Ad haec quum nihil prohibet, etiam ea, quae aliquam dubitationem acceperunt, clarioribus et compendiosis sanctionibus renovari, iubemus, omnes personales actiones, quas verbosa quorundam interpretatio iactare extra metas triginta annorum conabatur, triginta anno-

---

tum transacta defendunt? — § 3. Ad quam benevolentiam praecipue nos hortata est lex domini patris clementiae meae, Theodosii perennis augusti, qua, virtutum suarum morem secutus, humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post triginta annos nulla penitus iurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari. Cuius invicti principis laudibus etiam praesentem legem necesse est applicari. Illa namque pia mente praestando, viam huic alteri praebuit, qua beneficia eius latius panderentur. Praecipimus igitur propter quorundam pravas interpretationes, quibus sanctio memorata non sufficit, dum minutias iuris et captiosa verba sectantur, ut, quae specialiter iussa sunt, specialiter abrogentur, quum generalitatis designatio universa consumat, nec aliquid possit esse exceptum, quod non per illud venerabile constitutum hoc peremtorio vocabulo concludatur. Dicendo enim, omnia, nullum penitus cuiuslibet litis aut causationis fomitem derelinquit.

Tit. XII. § 12: Tricennali temporum definitione concludi ea praecipimus, quae perpetuis aut infinitis saeculis servabantur, exceptis Afrorum negotiis . . . . . Ceterum alia inter expressa metarum suarum censemus spatia contineri.

36) Hänel, Lex R. V. pag. 296.

37) Savigny, System V. S. 276.

rum spatiis concludi .... Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum .... vitam longiorem esse triginta annis interpretari. Demgemäss wurden später in der Theodosianischen Verordnung vor ihrer Aufnahme in den Justinianischen Codex die Worte: petitio finium regundorum in eo scilicet, quod nunc est, iure durabit gestrichen. Auch L. 4. und 5. C. Th. fin. reg. (2, 26) mussten, weil sie rücksichtlich der quinque pedes jede Verjährung ausschlossen, Veränderungen erleiden. Desshalb sind von L. 4. nur die Anfangsworte, welche von der Unzulässigkeit der longi temporis praescriptio reden, aufgenommen, und L. 5. dergestalt verändert, dass sie gleichfalls die Unzulässigkeit der longi temporis praescriptio, zugleich aber die Zulässigkeit der 30jährigen Verjährung ausspricht. Keineswegs hat aber Justinian, wie Rudorff meint [38]), durch Aufnahme der Anfangsworte von L. 4. cit. den Unterschied zwischen der controversia de fine und der de loco aufgehoben.

Man könnte einen Beweis gegen unsre Ansicht darin finden wollen, dass die Digesten von den quinque pedes vollständig schweigen; allein es findet dies seine Erklärung darin, dass man unter finis, confinium im technischen Sinne seit den 12 Tafeln immer einen Gränzsaum von ganz bestimmter Breite verstand; und wenn die früher vertheidigte Interpretation der Worte: Quinque pedum praescriptione submota *rel.* richtig ist, so fand man ja hier eine Ergänzung des in den Digesten Mangelnden.

Eine unverächtliche Stütze der durch die bisherige Untersuchung gewonnenen Resultate bieten aber noch einzelne Aeusserungen byzantinischer Juristen. Zunächst findet sich in der von G. E. Heimbach herausgegebenen Sammlung von Sätzen über die Klagen (s. g. *Δατιανήβους*) folgende Stelle [39]):

εἰ δὲ περὶ ὅρων γῆς ἐντὸς ε̄ ποδῶν οὔσης τῆς ζητήσεως, τὸ φινίουμ ῥεγουνδόρουμ, τούτεστι περὶ φιλονεικίας

38) Ztschr. S. 406 ff. Schriften der Feldmesser S. 440, 441.

39) Obss. iur. Graeco-Romani pars I. pag. 54. Walter R. G. 3.Aufl. § 772 Note 89, von Bethmann-Hollweg auf diese Stelle aufmerksam gemacht, scheint anzunehmen, dass das durch Justinian aufgehobene Recht des finis sich doch als practisches Recht erhalten habe.



συνόρων. εἰ δὲ περὶ πλείονος γῆς, τὴν ἰν ῥέμ, ἤγουν ἀγωγὴν ἀπαιτοῦσαν πρᾶγμα ἀκίνητον, ὅπερ τις εἶχε καὶ ἐξέπεσεν ἐξ αὐτοῦ.

Si de agri finibus est controversia intra V pedes, finium regundorum, hoc est de vicinorum iurgiis: si vero de maiori terrae modo, in rem actio est, qua res immobilis, quam quis habuit ex eaque excidit, postulatur.

Das 58. Buch der Basiliken, worin auch die actio finium regundorum ihre Stelle fand, gehört zu denen, welche uns leider nur in Restitutionen aus späteren Auszügen und Compilationen vorliegen, dagegen Cuiacius noch vollständig zu Gebote standen und von ihm benutzt wurden [40]. Cuiaz bezeugt nun in seinen Rec. sol. ad Lib. X. D. in Tit. I. Finium Regundorum [41]) Folgendes: Igitur plerique Graeci interpretes dicunt, actionem finium regundorum dari, si controversia consistat intra quinque pedes, si excedat eam latitudinem, dari in rem, quod notandum est. Und an einer anderen Stelle [42]): Si lis consistat intra pedes q.] Theodorus Hermopolites heic scribit, finium regundorum actionem dari *ἐντὸς πέντε ποδῶν οὔσης τῆς ζητήσεως. εἰ δὲ πλείονος γῆς, τὴν* in rem.

Die Römer unterschieden also zwischen einer Gränzverwirrung und Gränzirrung nicht. Intra quinque pedes kann nur das finium regundorum iudicium, nicht die Vindication stattfinden; darüber hinaus nur eine Vindication. Man ging von der Beobachtung aus, dass Streitigkeiten innerhalb eines schmäleren Saums durchschnittlich auf irgend welcher Verdunkelung beruhen, die Streitigkeiten über breitere Säume aber nicht. Das Gränzrecht, wie es bei den Römern seit alter Zeit galt, hatte nichts Schwankendes und Unsicheres. Sehr weise haben sie mit der actio finium regundorum auch die Möglichkeit der Adjudication in bestimmte Gränzen eingeschlossen: innerhalb des streitigen Saums von 5 Fuss muss sich auch der Agrimensor mit seiner Adjudication halten. Man sage auch nicht, es läge

---

40) Hugo, Civ. Mag. II. No. 18. S. 384 ff., namentl. S. 396. Vrgl. auch die bei Rudorff R. G. 1. S. 357 Anm. 14 Citirten.

41) Opp. ed. Neap. 1757, Tom. VII. p. 471 C.

42) Paratitl. in Lib. III. Tit. XXXIX. Codic. I. l. c. pag. 181.

eine Ungerechtigkeit darin, die wirkliche Vindication intra quinque pedes auszuschliessen; denn zunächst soll ja auch bei der actio finium regundorum der iudex die bisherige Eigenthumsgränze aufsuchen, und nur dann, wenn dieselbe nicht zu ermitteln oder unzweckmässig ist, zu der Adjudication seine Zuflucht nehmen. Bei uns ist das Recht der quinque pedes nicht recipirt worden, und damit ist die Möglichkeit hinweggefallen, Vindication und actio finium regundorum in der römischen Weise gegen einander abzusondern. Statt dessen hat man für jene Abgränzung in Theorie und Praxis meistens folgenden Gesichtssichtspunkt angenommen. Handelt es sich um eine objective Verdunkelung oder Verwirrung der Gränzen, mag dieselbe auch keine unlösbare sein, so ist die actio finium regundorum die richtige Klage; handelt es sich dagegen um eine Gränzirrung, d. h. eine Differenz der Nachbarn, welche auf anderen Gründen, als eine objectiven Verdunkelung der Gränzzeichen beruht, so muss zur rei vindicatio gegriffen werden. Unrichtig war nur, dass man diesen Gesichtspunkt der Unterscheidung beider Klagen schon im römischen Rechte finden wollte.

Wie kann aber der Kläger wissen, ob der Richter eine Verdunkelung der Gränzen annehmen wird oder nicht? Wo dies irgend zweifelhaft ist, wird er am vorsichtigsten handeln, wenn er beide Klagen cumulirt, also zunächst ein bestimmtes Stück Land in Anspruch nimmt, und für den Fall, dass eine Gränzverwirrung angenommen werden sollte, sein Petitum dahin richtet, dass durch Sachverständige die wahre Gränzlinie ermittelt, oder im Nothfall der Streit durch Adjudication geschlichtet werden möge. Kommt es dann zur Adjudication, so muss sich der Richter mit dieser jedenfalls innerhalb des zweifelhaften Saumes halten.

Für unrichtig halte ich die Ansicht Hassenpflug's [43]) und Puchta's [44]), welche mit den Worten des ersteren am kürzesten so ausgedrückt werden kann: Was für ein ganzes selbstständiges Grundstück die rei vindicatio ist, das ist für die Zurückforderung von abgerissenen, zum Nachbarlande gezogenen Stücken

43) Allgem. jurist. Zeitung Jahrg. 1828. N. 3.
44) Kleine civilistische Schriften S. 347 ff.

die actio finium regundorum. Also auch im Fall der sogenannten Gränzirrung soll die actio finium regundorum begründet sein. Dadurch wird aber dem Richter, welchem die Adjudicationsbefugniss zusteht, eine schrankenlose, leicht zu missbrauchende Gewalt eingeräumt; denn der Saum Landes, welchen ein chicanöser Nachbar zum Gegenstand des Streites macht, kann ja ein so breiter sein, dass er fast das ganze eine Grundstück in sich befasst.

Hassenpflug und Puchta fragen, wie man sich einen Eigenthumsbeweis über den Theil, der nie selbständig war, denken solle; was der Eigenthumsbeweis für das Ganze, da das Eigenthum an diesem nicht in Zweifel gezogen sei, nützen könne? Das wohlbegründetste Recht werde verloren gehen, wenn man diesen Beweis, und natürlich auf den einzelnen Streifen gerichtet, von dem Kläger verlangen wolle! Diese Einwürfe und Besorgnisse sind wohl nicht begründet, wenn der Richter nur keine zu steifen Beweisregeln befolgt. Auch bei den Römern wurde dieser Beweis in einer controversia de loco sehr oft lediglich durch das Gutachten der Sachverständigen geführt. Wenn nicht von der einen oder anderen Partei behauptet und nachgewiesen wurde, dass sie oder einer ihrer Vorgänger gerade das fragliche Stück durch einen besondern Titel erworben habe, so fand man schon in der Gleichheit oder dem Abstich der Culturart und anderen durch die Sachverständigen festzustellenden Umständen einen genügenden Beweis, dass das streitige Stück einen Theil des einen oder anderen fundus bilde.

Verzeichniss
der besprochenen und erklärten Stellen.

I. Stellen aus den Rechtsquellen.

A. Vorjustinianische Quellen.

1. Lex Rubria.

2. Gaius.

3. Paulli receptae sententiae.

4. Consultatio veteris ICti.

5. Theodosianus Codex.

6. Novellen.

7. Breviarium Alaricianum.

B. Justinianische Quellen.

1. Institutionen.

2. Digesten.

3. Codex.

C. Nachjustinianische Quellen.

II. Stellen aus Nichtjuristen.

Druck der Hofbuchdruckerei (H. A. Pierer) in Altenburg.

